Der

Eigenthumsvorbehalt,

nach gemeinem Rechte.

Von

Reinhold Victor Stoffregen,
Candidaten der Rechte.

Der
Eigenthumsvorbehalt,
nach gemeinem Rechte.

Eine
zur Erlangung der Würde eines Magisters
der Rechte
geschriebene
und mit Genehmigung
Einer Hochverordneten Juristen=Facultät
der Kaiserlichen Universität Dorpat
zur öffentlichen Vertheidigung bestimmte
Abhandlung
von

Reinhold Victor Stoffregen,
Candidaten der Rechte.

Dorpat.
Gedruckt bei Schünmanns Wittwe und C. Mattiesen.
1851.

Auf Verfügung **Einer Hochverordneten Juristen-Facultät der Kaiserlichen Universität Dorpat** wird der Druck dieser Abhandlung nebst Thesen unter der Bedingung gestattet, daß sogleich nach Beendigung desselben, die gesetzliche Anzahl von Exemplaren bei der Censurbehörde in Dorpat eingereicht werde.

Dorpat, den 1. December 1851.

Professor Dr. **E. S. Tobien**,
Decan der Juristen-Facultät.

Einleitung.

Das Interesse unseres Gegenstandes liegt vorzüglich in der Frage, in wiefern das bestehende Rechtssystem dem Eigenthümer einer Sache gestatte, dieselbe auf Credit zu verkaufen, ohne Gefahr zu laufen, im Falle der Insolvenz des Käufers die Sache ohne alle oder doch ohne genügende Entschädigung zu verlieren. Es ist mithin ein ähnliches Interesse, wie die Betrachtung etwa einer bestimmten privilegirten Hypothek haben würde. Damit ist aber auch die Aehnlichkeit beider Gegenstände erschöpft und es kann heutzutage wohl die Auffassung des **pactum reservati dominii** als **pactum hypothecae**, so verbreitet sie auch gewesen ist, doch als abgethan angesehen werden. Es bleibt dann nur noch übrig, jenem Vertrage entweder eine suspensive oder eine resolutive Wirkung für den Uebergang des Eigenthums an der verkauften Sache auf den Käufer zuzuschreiben. Beide Auffassungsweisen ergeben die Consequenz, daß der Verkäufer im Falle der Insolvenz des Käufers berechtigt erscheint, die verkaufte Sache zu vindiciren, mithin sich gegen jeden Verlust besser zu sichern, als es durch eine Hypothek geschehen würde, da er weder zur Befriedigung der absolut privilegirten Gläubiger beizutragen, noch sich in den Concurs einzulassen und dessen Ausgang abzuwarten, so wie dessen Kosten mitzutragen braucht.

Bedenkt man noch, wie ungemein häufig Kaufverträge, zumal über Grundstücke, vorkommen, bei denen der Kaufpreis ganz oder theilweise creditirt wird, so kann über die practische Wichtigkeit des Gegenstandes, für welche auch die umfangreiche Lite-

ratur Zeugniß ablegt, kein Zweifel sein. Damit ist aber auch das wissenschaftliche Interesse desselben nachgewiesen. Der Wissenschaft liegt es ob, die Congruenz des pactum r. d. mit dem bestehenden Rechtssystem und alle einzelnen Consequenzen nachzuweisen, die es, auch abgesehn von jener wichtigsten Wirkung, haben kann; eine Aufgabe, der nachzukammen um so schwieriger ist, als die Gesetze die in Betracht kommenden Fragen nicht direct entscheiden, wodurch Veranlassung gegeben wird, auf manche wichtige, allgemeine Fragen einzugehn, die zu dem Hauptgegenstand in einem bedingenden Verhältniß stehen.

Eine weit andere Frage ist es, ob nach den umfangreichen Bearbeitungen des pactum r. d., besonders durch Duncker, für eine selbstständige Abhandlung über denselben Gegenstand noch Platz übrig sei. Durch die Ausführungen des gedachten Schriftstellers ist die Sache gewiß sehr gefördert worden; viele unrichtige Sätze älterer Schriftsteller sind widerlegt, manche unrichtige Begründungen sonst richtiger Sätze sind nachgewiesen, manche gangbare Auffassungsweisen des pactum ganz beseitigt worden. Dennoch kann ich in vielen Fällen mit Dunckers Ansichten, sowohl was die Begründung an sich richtiger Sätze, als was die Grundsätze selbst anbetrifft, nicht übereinstimmen. Dies gilt besonders von Dunckers Darstellung des Verhältnisses der Vindication des Verkäufers zu dem Bestande des Kaufcontracts, welche mir ganz unrichtig zu sein scheint. Abgesehen davon sind nach Dunckers Abhandlungen noch drei andere über denselben Gegenstand erschienen, welche gegen ihn, und zum Theil mit scheinbaren und neuen Gründen, die Auffassung vertheidigen, wonach das pactum vorzugsweise eine resolutive Wirkung hat, von Müller, Hofmann und Leonhardt. Die Ausführungen der ersteren beiden Schriftsteller beruhen häufig auf unrichtigen Voraussetzungen und fördern die Sache wenig, müssen aber nichtsdestoweniger näher erwogen werden, um der hier vertheidigten suspensiven Wirkung des pactum r. d. Raum zu verschaffen. Die Abhandlung von Leonhardt bringt für die resolutive Wirkung des pactum r. d. die stärksten

und jedenfalls neue, wenngleich für mich nicht überzeugende Gründe vor, bedarf aber um so mehr der Entgegnung. Im Uebrigen mischt diese Schrift vielfach Richtiges und Unrichtiges durcheinander; der Verfasser geht von der Anschauung einer nicht eben erleuchteten Praxis aus, und sucht dieselbe um jeden Preis zu rechtfertigen; so erscheint denn in seiner Ausführung größtentheils das Practische nicht begründet und das Begründete nicht practisch. Die Auffassung des pactum r. d. als pactum hypothecae wird verworfen und dennoch erklärt, daß die materielle Grundlage die Idee eines privilegirten Pfandrechts sei, auch werden die Wirkungen größtentheils aus einem solchen abgeleitet. Das pactum soll lediglich der Tradition hinzugefügt sein; durch den Eintritt der Resolutivbedingung soll nur der Zustand vor der Tradition wieder hergestellt werden, aber die Vindication intendirt bei Leonhardt die Befriedigung des Verkäufers für seine Forderung aus dem Kaufcontract, durch den Werth der Sache, so daß er den Ueberschuß seiner Forderung über letzteren nachfordern darf!

Bei solcher Lage der Sache konnte unser Gegenstand in der That noch nicht als erledigt angesehen werden.

Im Folgenden wird stets der Fall vorausgesetzt, daß das pactum r. d. einer Tradition beigefügt worden, die in Folge eines Kaufcontracts vor sich gegangen. Diese Beschränkung ist keineswegs nothwendig, rechtfertigt sich aber dadurch, daß dies der gewöhnlichste Fall ist, auch die Gründe für die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit, für diese oder jene Auffassung in der bisherigen Literatur vorzugsweise aus der Natur des Kaufcontracts und den durch letztern bedingten Rechtsverhältnissen entnommen sind. Durch diese Beschränkung wird aber auch der Nachweis möglich, daß das pactum hier gar keine besondere Natur annimmt, sofern es nur eine Beziehung auf die Tradition und keine auf den Kaufcontract hat.

Aus dem letztern Grunde scheint es mir aber auch nothwendig, zuförderst die Rechtsverhältnisse, in denen das pactum r. d. zur Anwendung kommen kann, abgesondert zu betrachten,

damit sich eben klar herausstelle, was eigentlich als eigenthümliche Wirkung desselben anzusehen sei. Hierbei wird sich zeigen, daß manche Wirkungen bisher als Consequenzen jenes pacti dargestellt worden sind, obwohl sie jedem Kaufcontract angehören.

Unmittelbare gesetzliche Quellen für das pactum r. d. sind kaum zu nennen; die wenigen Stellen in den Digesten, welche von einem ähnlichen Rechtsverhältnisse zu sprechen scheinen, werden in der Folge erörtert werden; aber in seiner selbstständigen Gestaltung kennt das corpus j. c. das pactum r. d. nicht. Dennoch ist das practische Römische Recht die wesentliche Grundlage unserer Erörterung; das deutsche Privatrecht und die Particularrechte nur, insofern sie Gränzen der Anwendung und Wirksamkeit des pactum r. d. verzeichnen.

In der Anführung der Literatur können wir uns auf die Neueren beschränken, bei denen sich alle Auffassungsweisen hinreichend vertreten finden. Die sehr zahlreiche ältere Literatur findet sich angegeben in der unten anzuführenden Abhandlung von Duncker und in Glücks Pandectencommentar, Bd. XVI., an der betreffenden Stelle.

Vorzüglich sind zu nennen:

D. C. F. Glück, ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, Th. XVI., Abth. 1, Erlangen 1814, § 1000, pag. 229 ff.

Gensler, im Archiv für civilistische Praxis, Bd. II., Heidelberg 1819, Nr. XXIX., pag. 291 ff.

Dr. Wilhelm Müller, im Archiv für civilistische Praxis, Bd. XII., Heidelberg 1829, No. XIII., pag. 249—268.

Derselbe in seinen civilistischen Abhandlungen, Th. I., Gießen 1833, No. I.

Dr. Ludwig Duncker, im Rheinischen Museum für Jurisprudenz, Bd. V., Göttingen 1832 (oder 33) pag. 64—118, 160—189.

v. Geyso, in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, Bd. V., Gießen 1832, pag. 161—177.

H. K. Hofmann, im Archiv für civilistische Praxis, Bd. XVIII., Heidelberg 1835, Nr. XI., pag. 254—266.

Hallische allgemeine Literaturzeitung pro 1835, Nr. 70, Col. 537 und 538. (Mühlenbruch.)

v. Vangerow, Leitfaden für Pandecten-Vorlesungen, Bd. I., Marburg und Leipzig, 1839, Bch. III., Cap. 1., § 311, Anm. 2., pag. 500 ff. (die dritte Auflage, 1845, unverändert).

C. H. Ebhardt, in der juristischen Zeitschrift für Hannover, Jahrgang 1839, 2. Heft, Nr. 5, pag. 65—76 und 88—93.

Dr. A. Leonhardt, zur Lehre von den Rechtsverhältnissen am Grundeigenthum. Hannover, 1843. Abhandlung IV., über das pactum reservati dominii, pag. 217—276; vergl. auch pag. 68—78.

Die bei Duncker, l. c., angeführten Abhandlungen:

Hagemann, practische Erörterungen, Bd. VII., Nr. 22, pag. 49—52, — und juristische Zeitschrift für Hannover, Nr. 7, v. 1. April 1830, pag, 98—106.

ebendaselbst, Nr. 10, den 15. Mai, 1831, pag. 146—55,

haben mir nicht vorgelegen; hinsichtlich ihrer muß ich mich daher auf das bei den übrigen Schriftstellern Angeführte beziehen.

I. Rechtliche Verhältnisse aus dem Kaufcontract und der Tradition ohne beigefügten Eigenthumsvorbehalt.

§ 1. Zweck des Kaufcontrakts überhaupt, und insbesondere in Bezug auf Eigenthumsübertragung.

Der Zweck des Kaufcontrakts geht dahin, daß der eine der Contrahenten, der Verkäufer, eine bestimmte Sache, gegen Leistung einer bestimmten Geldsumme von Seiten des andern Contrahenten, des Käufers, in dessen Vermögen bringe.

fr. 20. fr. 65. de contr. emt. XVIII. 1.

Das Recht an der verkauften Sache, dessen Uebertragung auf den Käufer der Verkäufer verspricht, ist nur insofern das Eigenthum, als er selbst Eigenthümer ist.

fr. 11. § 2. de actt. E. et V. XIX. 1.

Es leuchtet ein, daß wenn das Vorhandensein des Kaufcontracts davon abhängig gemacht würde, daß der Verkäufer selbst Eigenthümer sei, der vermögensrechtliche Verkehr sehr erschwert würde. Denn der Nachweis könnte nur durch den Beweis entweder der Usucapion oder des Eigenthums desjenigen geliefert werden, von dem der Verkäufer die Sache erworben. Für letzteren würde aber wiederum eine ähnliche Schwierigkeit entstehen. Daher bestimmen die Gesetze, daß auch über eine fremde Sache ein giltiger Kaufcontract geschlossen werden kann.

fr. 28. de contr. emt. XVIII. 1.

Für den Fall, daß dem Käufer die Sache evincirt wird, ist der Verkäufer ihm zur Entschädigung verpflichtet.

Tit. D. de evictionibus. XXI. 2.

Der Umstand aber, daß die Sache eine fremde, thut dem Bestehen des Kaufes so wenig Eintrag, daß der Käufer nicht einmal wegen drohender Eviction seinen Autor beanspruchen darf.

cst. 3. de evictionibus. VIII. 44 (45).

Dennoch ist der principielle, regelmäßige Zweck des Kaufes für den Käufer die Erlangung des höchsten Rechts an der Sache, des Eigenthums, und daß er dies Recht erlangt habe, wird so lange vorausgesetzt, bis das Gegentheil dargethan ist. So ist es zu verstehen, wenn die Gesetze zuweilen von einem Käufer annehmen, er habe durch den Kauf das Eigenthum erlangt, ohne die Beschränkung hinzuzufügen, daß dies nur insofern der Fall sei, als der Verkäufer Eigenthümer gewesen.

fr. 13. de acq. rer. dom. XXI. 1.
fr. 31. pr. eod.

Derselbe Gedanke liegt dem fr. 80. § 3. de contr. emt. XVIII. 1. zu Grunde, wo von einem Vortrage, in dem ausgemacht wird, daß das Eigenthum einer veräußerteu Sache nicht auf den Erwerber übergehen solle, gesagt wird, daß er kein Kauf sei. Denn auf Seiten des Verkäufers ist die Erfüllung des Kaufcontracts stets eine völlige Entäußerung seines Rechts an der Sache, und so fern von ihm vorausgesetzt wird, daß er Eigenthümer ist, kann man nicht zu seinen Gunsten den Satz geltend machen, daß es nicht zum Wesen des Kaufcontracts gehöre, Eigenthum zu übertragen. Ist aber von Vorbehalt des Eigenthums die Rede, so wird von dem Verkäufer vorausgesetzt, daß er Eigenthümer sei, und dann ist es ganz unrichtig, wenn man mit Duncker l. c. § 6, die Zulässigkeit des Vorbehalts daraus ableitet, daß die Uebertragung des Eigenthums nicht zum Wesen des Kaufes gehöre, wogegen sich Müller, civilistische Abhandlungen, No. 1., § 6., und Hofmann, l. c., pag. 256. ff., mit Recht erklären.

§ 2. Perfection des Kaufvertrages und deren Wirkungen.

Zum vollkommenen Bestande, zur Perfection des Kaufvertrages, gehört es aber keineswegs, daß das Eigenthum an der verkauften Sache bereits übertragen worden, wenngleich der Verkäufer Eigenthümer ist. In Bezug auf die Perfection des Kaufes ist besonders instructiv das fr. 8. pr. de per. et comm. rei vend. XVIII. 6. Hier heißt es: „si id, quod venierit, appareat quid, quale, quatum sit, et pretium, et pure veniit, perfecta est emtio.“ Der Ausdruck „veniit“ ist zwar an sich noch zweideutig, in sofern er sowohl den Fall bezeichnen kann, daß die verkaufte Sache bereits geleistet worden, als den Umstand, daß die Verpflichtung zu leisten, bereits festgestellt worden. Daß aber letztere Bedeutung hier anzunehmen sei, kann keinem Zweifel unterliegen; denn wenn bereits geleistet worden, so steht es ja stets fest, quid, quale, quantum sit, quod venierit. Hier aber wird der Fall, daß es feststehe, im Gegensatz zu dem, daß es nicht feststehe, si non appareat, gesetzt. Auch zeigt solches der weitere Verfolg der Stelle: „quodsi sub conditione res venierit“ und „quodsi pendente conditione res tradita sit.“ Auch wird ausdrücklich bestimmt, daß kein Kauf vorliege, wenn die Verpflichtung der Gegenleistung erst aus der Leistung des einen Theils entspringt.

fr. 16. de cond. c. d. c. n. s. XII. 4.

Das fr. 8. pr. cit. ergiebt daher als Resultat: der Kauf ist vollkommen, sobald die Verpflichtung zu leisten, gewiß, also von keinem ungewissen, zukünftigen Thatumstande abhängig gemacht und auf einer Seite bestimmt ist, welche Sache, auf der andern, welche Summe in Geld geleistet werden soll. Dieser Verpflichtung steht auf jeder Seite gegenüber das Recht, das zu Leistende zu fordern und dies Recht durch Klage geltend zu machen. Die Entstehung dieses Klagerechts, „actio nata“, ist mithin das charakteristische Moment der Perfection.

v. Savigny, System des heutigen Röm. Rechts, Bd. V. Berlin, 1841, § 240, pag. 289 und 290.

Vangerow, Leitfaden für Pandecten-Vorlesungen, Bd. I., 3te Auflage, Marburg und Leipzig, 1845, § 147, pag. 170 u. 171. Bd. III, 1847, § 607, pag. 285 ff.

Für unsern Zweck ist es wichtig, folgende Folgerungen aus dem Obigen noch besonders hervorzuheben:

1) Die Perfection und ihre Wirkungen stehen fest, obwohl es ganz ungewiß ist, ob von der andern Seite geleistet werden wird. Mag dies später noch so unwahrscheinlich werden, wie z. B. im Falle der Insolvenz des Käufers, es wird dadurch an jenen Wirkungen nichts geändert; ihre Voraussetzung ist immer nur die Gewißheit dessen, daß und was geleistet werden soll.

2) Jede weitere Abmachung der Contrahenten, durch welche an den gedachten Voraussetzungen nichts geändert wird, hat keinen Einfluß auf die Perfection und ihre Wirkungen.

Von dem Moment der Perfection an also ist der Verkäufer zur Anstellung der actio venditi, der Käufer zur Anstellung der actio emti berechtigt. Gegenstand der erstern ist insbesondere die Leistung des pretium und alles dessen, was der Käufer ex dolo, culpa und mora schuldet; Gegenstand der actio emti ist die Leistung der Sache und ihrer Accessionen und alles dessen, was der Verkäufer in Bezug auf dieselbe ex dolo, culpa und mora, und wegen Eviction schuldet. Besonders hervorzuheben ist die Wirkung der Perfection, daß von dem Moment derselben an periculum und commodum der Sache auf den Käufer übergehen.

§ 3. J. de emt. et vend. III. 24 (23).

fr. 8. pr. de peric. et comm. rei vend. XVIII. 6.

Vangerow, l. c., Bd. III., § 591, pag. 217 ff.

Der Zufall also, welcher von dem Moment der Perfection an, die Sache trifft, indem er dieselbe entweder verschlechtert oder vernichtet, trifft den Käufer in sofern, als er trotz dem weder den Erlaß des pretium, noch einen Nachlaß an demselben in Anspruch nehmen kann. Dagegen kommt ihm jeder Vortheil der Sache von demselben Moment an so zu gut, als wäre sie

ihm sofort bei Abschluß des Contracts geleistet worden. Er erhält also alle Accessionen, auch die Früchte der Sache, und von einem Schatz, der auf einem gekauften Grundstück gefunden worden, muß er, jenes Princips wegen, denjenigen Antheil bekommen, welcher dem Eigenthümer des Grundstücks, in welchem der Schatz gefunden worden, zukommt.

Hieraus folgt aber: Eine Verabredung der Contrahenten, welche jenen Begriff der Perfection, die Gewißheit darüber, daß und was geleistet werden soll, nicht modificirt, kann durchaus keinen Einfluß auf die Frage haben, wer das periculum der Sache zu tragen habe.

§ 3. Princip der Gegenseitigkeit im Kaufvertrag.

Als besonders charakteristisch für den Kaufcontract ist auch noch das in demselben liegende Princip der Gegenseitigkeit hervorzuheben, welches, wie wir unten sehen werden, wichtige praktische Folgen hat. Im Allgemeinen ergeben sich daraus folgende Sätze:

1) Wenn die obligatio eines der Contrahenten aufgehoben wird, so wird auch der andere von seiner Verpflichtung befreit. Dieser Satz ergiebt sich schon aus dem obigen Begriff der Perfection des Kaufcontracts, indem die Gewißheit, daß geleistet werdeu soll, wie sie bei Eingehung des Contracts bestand, mithin jener Contract selbst, nicht mehr vorhanden ist. Er findet aber noch besondere Bestätigung in dem fr. 50, de actt. emti et vend. XIX. 1., woselbst es heißt, daß, wenn der Käufer durch ein „beneficium alicujus legis“ seine Leistung zu schulden aufgehört habe, auch der Verkäufer von der Verpflichtnng die Sache zu leisten, befreit sei. Welches benificium legis hier gemeint sei, ist dunkel; wahrscheinlich spricht die Stelle von einer in integrum restitutio wegen Minorität; das Princip aber, daß die Pflicht zu leisten, und das Recht zu fordern untrennbar verbunden sind, ist hier jedenfalls vollkommen erkennbar. Hiergegen spricht nicht, daß der Käufer zur Zahlung verpflichtet bleibt, wenngleich der zufällige Untergang der Sache den Ver-

käufer von der Leistung befreite; denn die Erfüllung des Kaufcontracts wird auf den Moment der Perfection zurückbezogen; und die Befreiung von der Leistung ist keine Vernichtung der obligatio, wie bei der in integrum restitutio, wo die obligatio aufhört, als hätte sie nie existirt.

2) Jeder Theil ist nur insofern zu leisten verpflichtet, als der andere Theil geleistet hat oder leistet. Von dem Verkäufer wird insbesondere gesagt, daß er die Sache zu seiner Befriedigung, wie ein Pfand zurückhalten dürfe.

fr. 31. § 8. de aed. edicto. XXI. 1.
fr. 13. § 8. de actt. emt. et vend. XIX. 1.

Außerdem steht jedem Theile, der auf Leistung verklagt wird, so lange sein Gegner nicht vollständig geleistet hat, die exceptio doli, welche hier heutzutage „exceptio non adimpleti contractus“ genannt wird, zu.

fr. 28. de actt. emt. et vend. XIX. 1.
fr. 5. § 4. de doli mali exceptione. XLIV. 4.
cst. 5. de evictionibus, VIII. 44 (45).
Vangerow, l. c. § 607, pag. 285. ff.

§ 4. Verhältniß zu der verkauften Sache nach Perfection des Vertrages und vor Uebergabe derselben.

In diesem Stadio des Contracts, nach der Perfection und vor Leistung von der einen oder andern Seite, hat der Käufer also lediglich einen persönlichen Anspruch gegen den Verkäufer; dieser bleibt Eigenthümer, hat mithin die possessorischen Interdicte, die Publiciana in rem actio und die Vindication. Ob er diese mit Erfolg auch gegen den Käufer anstellen kann, wenn die Sache zwar nicht durch Tradition, aber in sonstiger rechtlicher Weise in dessen Detention gelangt, hängt davon ab, ob der Käufer erbötig ist, seiner Verpflichtung aus dem Kaufcontract zu genügen.

fr. 1. § 5. de except. rei vend. et trad. XXI. 3.

Ist letzteres nicht der Fall, so dürfte zur Elidirung der excep-

tio rei venditae et traditae der Nachweis genügen, daß er, der Verkäufer, die Sache weder tradirt habe, noch zur Zeit zu tradiren verpflichtet sei. Wie weit aber die persönliche Verpflichtung aus dem Contracte den Verkäufer behindere, von seinem Eigenthumsrechte zu Verfügungen über die Sache Gebrauch zu machen, ist sehr zweifelhaft. Gewiß ist, daß der Verkäufer aus dem Contraete dem Käufer zur Entschädigung für jede Verfügnng über die Sache verpflichtet ist, durch welche dieselbe dem Letzteren entweder entzogen oder ihr Werth geschmälert wird, wie er ihm denn zu einer diligentia exactior, quam in suis rebus adhiberet, zu einer solchen custodia verbunden ist, daß nur ein fatale damnum oder eine vis magna entschuldigt wird.

fr. 2. § 1. fr. 3. de per.. et comm. rei vend. XVIII. 6.

Aber es ist die Frage, in wie fern die Verfügungen des Verkäufers, als Eigenthümers von rechtlichem Bestande sind. Was die weitere Veräußerung der Sache anbetrifft, so ist gleichfalls gewiß, daß wenn die letztere einem zweiten Käufer zuerst übergeben worden, derselbe ein stärkeres Recht auf die Sache gewonnen hat, als der erste.

cst. 15. de R. V. III. 32.
cst. 6. de hereditate vel act. vendita. IV. 39.
Dorpater juristische Studien, ed. Osenbrüggen. Dorpat, 1849, pag. 93 ff.

Was gilt aber hinsichtlich der Belastung der verkauften und noch nicht übergebenen Sache mit Hypotheken oder Servituten durch den Verkäufer? Zuförderst muß erwähnt werden, daß die persönliche Verpflichtung des Verkäufers dem Käufer die Befugniß gewährt, bei dem Richter ein Verbot der Belastung mit Hypotheken oder andern dinglichen Rechten zu beantragen, auch der Richter, sofern seine Mitwirkung zu jener Belastung erforderlich ist, und er Kenntniß von der persönlichen Verpflichtung des Verkäufers hat, ohne Zweifel berechtigt ist, seine Mitwirkung zu versagen, bis der Käufer Kenntniß von der beabsichtigten Belastung erhalten und seine Einwilligung ertheilt hat.

Duncker, l. c. p. 181.

Auch kann natürlich der Käufer, wie überhaupt wegen Deteriorationen, einen entsprechenden Theil des Kaufpretiums zurückhalten, um sich gegen Beschädigung durch die Belastung zu sichern, daher auch die Sache durch Zahlung der Summe, für welche sie verpfändet werden, unter Abrechnung vom pretium, wieder entlasten und trotzdem die Uebertragung des Eigenthums der Sache in Anspruch nehmen. Andrerseits unterliegt es ebenso wenig einem Zweifel, daß die einmal ertheilten dinglichen Rechte in dem Verhältniß zwischen ihrem Erwerber und dem Verkäufer ihre vollkommene Giltigkeit haben, bis der Käufer das Eigenthum an der Sache erlangt. Ist der Käufer aber gehalten, die von einem dritten nach Perfection des Kaufes an der verkauften Sache erwotbenen dinglichen Rechte anzuerkennen?

Ein specielles Gesetz, welches die Dauer der Giltigkeit der von dem Verkäufer einer Sache an derselben einem dritten ertheilten Rechte beschränkt, giebt es nicht. Die allgemeinen Grundsätze über die Fähigkeit, dingliche Rechte an einer Sache zu ertheilen, begünstigen nur die Bejahung jener Frage.

F. A. Schilling, Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des Röm. Privatrechts, Bd. II, Leipzig, 1837, §§ 197 u. 210. Puchta, Pandecten, 2te Ausgabe, Leipzig, 1844, §§ 187 u. 197, und die von beiden citirten Quellen.

Jene Grundsätze sprechen im Allgemeinen dem dispositionsfähigen Eigenthümer der Sache das Recht, dieselbe mit dinglichen Rechten zu belasten, zu. Auch spricht für die Bejahung obiger Frage sehr die oben erwähnte Befugniß des Verkäufers, die Sache weiter zu veräußern, desonders die cst. 6. de hereditate vel act. vendita, wegen des in ihrenthaltenen Grundes „dominus perseveravit et ideo vendendo eas aliis dominium transferre potuit.“ Denn derselbe Grund scheint auch hier zu passen, da es sich um die Dispositionsfähigkeit des Verkäufers handelt, welche ihm in jener Stelle im höchsten Grade zugesprochen wird. Am meisten Schein erhält die Verneinung unserer Frage aus dem Uebergang des periculum und commo-

dum auf den Käufer vom Momente der Perfection an; es könnte das Ansehn haben, als würde die Erfüllung des Contracts, wenn sie überhaupt einträte, auf den Moment der Perfection zurückbezogen, so daß der Käufer nun als Eigenthümer von da ab angesehen und daher rückwärts die Verfügungen des Verkäufers vernichtet würden, ein Grund der sich allerdings gegen die Befugniß des Verkäufers, die Sache weiter zu verkaufen, nicht anführen läßt, weil, so lange die Folgen der zweiten Veräußerung bestehen, die Erfüllung der ersten unmöglich ist. Dieselbe Unmöglichkeit der Erfüllung tritt ein, so lange die Sache als Faustpfand in den Händen eines Dritten ist; hier kann der Verkäufer, bevor er die Forderung berichtigt, durch die Berufung auf den geschehenen Verkauf der Sache den Gläubiger offenbar nicht zwingen, die Sache herauszugeben. Der Käufer hat aber gar keine dingliche Klage. Dagegen hindert die auf die verkaufte Sache gelegte Hypothek den Verkäufer nicht, die Sache zu übergeben und das Eigenthum zu übertragen.

Allein mir scheint die Zurückbeziehung des Eigenthumsrechtes des Käufers auf die Zeit vor der Tradition deshalb unzulässig, weil ohne Tradition nach Römischen Grundsätzen der Uebergang des Eigenthums gar nicht möglich ist, und so kann ich die Frage, ob der Käufer die dinglichen Rechte anerkennen müsse, welche der Verkäufer einem Dritten nach Perfection des Kaufes, aber vor Tradition der Sache, eingeräumt, nur bejahen.

§ 5. Modalitäten der Beendigung des Contractverhältnisses.

Die gedachten Wirkungen der Perfection können zur Endschaft gebracht werden.

1) durch Wiederaufhebung des Contracts,

2) durch Klagenverjährung,

3) durch Leistung aus dem Contract, geschehe letztere nun in Folge von Klage und Execution oder freiwillig.

Die Wiederaufhebung kann erfolgen

a) wider den Willen der Contrahenten, aus Rücksicht auf ein jus tertii,

b) durch mutuus dissensus,

c) durch eine in integrum restitutio eines der Contrahenten,

d) in Folge einer besonderen Verabredung, welche einem der Contrahenten das Recht giebt, in einem gewissen Falle vom Vertrage abzugehen,

e) durch die aus dem ädilicischen Edict angestellten Klagen,

f) durch Anfechtung in Folge einer laesio enormis eines Theiles.

Schilling, l. c., Bd. III., Leipzig 1846, § 300, pag. 430.

Anmerkung. Die bei Schilling sub 1 noch angegebenen Falle der Wiederaufhebung wider den Willen der Contrahenten, wenn entweder das, wovon die Wirksamkeit des Geschäfts abhängt, nicht eintritt, oder ein wesentliches Erforderniß wegfällt, setzen einen noch nicht perfecten Kauf voraus. Der sub 8 angegebene Fall, daß der Verkäufer die nämliche Sache bereits einem andern verkauft hat, ist aus cst. 15. de R. V. III. 32. deducirt worden. Allein in dieser Stelle soll gewiß nicht einem Käufer, dem die verkaufte Sache tradirt worden, das Recht gegeben werden, von dem Vertrage wider den Willen des Verkäufers abzutreten, weil die Sache bereits einem Andern verkauft worden; sondern es soll die Auseinandersetzung beider Theile für den Fall geregelt werden, daß sie übereinkommen, die verkaufte Sache dem ersten Käufer zu überlassen.

Dorpater juristische Studien, pag. 95 ff.

§ 6. Einfluß der mora und der Insolvenz des Käufers auf den Bestand des Contracts.

Abgesehn von den angegebenen Fällen ist keiner der Contrahenten berechtigt, von dem Contracte wider den Willen des anderen Theiles abzugehen. Namentlich berechtigt dazu nicht die mora des andern Theiles. Der Verkäufer ist daher niemals befugt, weil der Käufer nicht zahlt, vom Vertrage abzugehn und die Sache weiter zu verkaufen. Die Wirkungen der mora werden von den Gesetzen auf das Genaueste angegeben

und niemals findet man unter ihnen jene Befugniß, wenn sie nicht eine Folge einer besondern Verabredung, der lex commissoria, ist. Diese wird also nicht präsumirt.

Glück, Pandectencommentar, Bd. XVI. § 1012.

cst. 12. de contr. emt. IV. 38 . . . . nec enim, licet in continenti facta, poenitentiae contestatio consensu finita rescindit.

cst. 3. de resc. vend. IV. 44. De contractu venditionis jure perfecto alterutro invito nullo recedi tempore bona fides patitur . . . .

cst. 6. eodem . . . . quamvis enim duplum offeras pretium emtori, tamen invitus ad rescindendam venditionem urgeri non debet.

cst. 7. eodem. ratas manere semper factas jure venditiones, vestra (venditorum) etiam interest . . . .

cst. 14. eodem . . . . non ex eo, quod emtor non satis conventioni fecit, contractus irritus constituitur.

So bestimmten Aussprüchen der Gesetze gegenüber, darf uns auch kein Schein der Billigkeit zu der Annahme veranlassen, daß die Insolvenz des Käufers den Verkäufer jemals berechtige, vom Vertrage abzugehen. In dem Nachweis dessen, daß der Käufer zur Zeit außer Stande sei, das pretium zu prästiren, hätte sich das nun in Folge angestellter Klage und Execution oder durch den Ausbruch des Concurses über das Vermögen des Käufers herausgestellt, liegt noch nicht daß der Käufer nie im Stande sein werde, seiner Verpflichtung nachzukommen. Daher involvirt auch die Insolvenz des Käufers für sein Verhältniß zum Contracte nicht mehr als eine mora. Auch wird er durch den Ausbruch des Concurses und die cessio bonorum bekanntlich von seinen Verpflichtungen nicht befreit.

cst. 1. qui bonis cedere possunt. VII. 71.

Und doch hat dieser Schein der Billigkeit die meisten Schriftsteller über das pactum r. d. veranlaßt, wenngleich sie den Satz, daß der Verkäufer wegen mora des Käufers vom Vertrage abzugehn berechtigt sei, nicht offen aussprechen, für den Fall der Insolvenz des Käufers einen indirecten Weg aufzusuchen, um die Auflösung des Contracts herbeizuführen, freilich

unter Voraussetzung des Falles, daß die verkaufte Sache bereits tradirt worden.

Müller, civilist. Abhandlungen, Nr. 1, pag. 32 ff.
Leonhardt, l. c., §§ 15 und 16.
Duncker, l. c., § 16 und pag. 162 ff.

Der erste von diesen dreien behauptet, wenn der Verkäufer das Eigenthum an der verkauften Sache wiedererlangt und letztere von dem Käufer vindicirt habe, sei er zu einer zweiten Tradition derselben Sache durch die Gesetze nirgend verpflichtet! Leonhardt läßt den Verkäufer auf Grundlage des vorbehaltenen Eigenthums zwar nur die verkaufte Sache vindiciren, aber diese Vindication intendirt — eine in solutum datio der verkauften Sache statt des Kaufpreises! Duncker gestattet in Folge vorbehaltenen Eigenthums gleichfalls nur die Vindication, aber wenn die Sache herausgegeben wird, so liegt darin eine Erklärung des Käufers, sie nicht haben, also vom Vertrage abgehen zu wollen. —

Die Unrichtigkeit dieser Annahmen kann sich erst weiter unten vollständig ergeben; hier nur die Bemerkung, daß wenn jene Ansichten richtig wären, der Verkäufer, welcher die Sache bereits tradirt hatte, im Falle der Insolvenz des Käufers besser daran wäre, als wenn noch von keiner Seite geleistet worden. Hätten jene Schriftsteller das Verhältniß von Verkäufer und Käufer im Concurse des letztern unabhängig von ihren Ansichten über das pactum r. d., also für den Fall betrachtet, daß noch von keiner Seite geleistet worden, so wären sie wahrscheinlich nicht auf jene Sätze gerathen. Duncker sieht sich indeß durch die Einwendungen Geysos gegen die im ersten Theile seiner Abhandlung vorgetragenen Sätze zu der Consequenz gedrängt, daß der Verkäufer wegen bloßer mora des Käufers von dem Vertrage abzugehen befugt sei. Er wagt freilich wie es scheint, nicht, diese Consequenz auszusprechen. Er wendet nämlich gegen den Satz Geysos, daß, wenn das Kaufgeld fällig sei, der Verkäufer wegen der ihm gebührenden, connexen Forderung nur das Retentionsrecht geltend machen könne, ein, daß wenn man, ungeachtet der Zah=

lungstermin verstrichen und eine Aufforderung an den Käufer, den Preis zu zahlen, ohne Erfolg geblieben sei, den Kaufcontract fortbestehen lasse, die ganz einfache Folge die sei, daß der Verkäufer die Sache aufheben müsse, bis es dem Käufer gefällig sei, den Preis zu zahlen.

Das wäre nun allerdings unbillig. Dieser Schein der Unbilligkeit mildert sich aber bedeutend, wenn wir Folgendes erwägen. Wenn in Folge angestellter actio venditi und Execution oder durch den Ausbruch des Concurses über das Vermögen des Käufers, sich dessen Unvermögen herausgestellt hat, das pretium zu zahlen, so bleibt für den Verkäufer immer noch ein Executionsgestand übrig, der wenn er will, für andere Gläubiger, sofern sie ihn nicht befriedigen, keinen Werth hat und daher ihm, dem Verkäufer, nicht vorenthalten werden darf. Die Execution zur Befriedigung eines oder mehrer Gläubiger kann im Allgemeinen gegen das ganze Vermögen eines Schuldners gerichtet werden, insbesondere aber auch gegen die Forderungsrechte desselben, in casu also auch gegen die actio emti des Käufers. Ist über dessen Vermögen Concurs ausgebrochen, und die actio emti, um zum Vortheile der Masse realisirt zu werden, zu letztere gezogen werden, so wird der Verkäufer wegen ihrer Untrennbarkeit von der obligatio des Käufers seine Leistung, ebenso wie gegen den Käufer, zurückhalten können, bis er befriedigt worden. Ist aber die actio emti nicht zur Concursmasse gezogen worden, so befindet sich der Verkäufer gegen den insolventen Käufer in demselben Verhältniß, wie wenn derselbe nicht in Concurs verfallen wäre und kann seinen Regreß nun gegen die actio emti nehmen. Er kann sich entweder zur Realisirung derselben erbieten unter der Bedingung, daß er vorzugsweise befriedigt werde; da nun ein anderer Gläubiger darunter gar nicht leidet, weil der Verkäufer zur unbedingten Befriedigung des Käufers nicht gezwungen werden kann, so wird ihm der Richter sein Gesuch nicht abschlagen können, und so wird ihm die verkaufte Sache entweder nachdem er das Eigenthum derselben auf den Käufer übertragen, nach dem Taxationswerth zugeschlagen, oder sie wird

versteigert oder auf privatem Wege veräußert und er vorzugsweise befriedigt. Ferner kann aber auch die Forderung verkauft werden, wodurch er entweder zu seiner Befriedigung gelangt oder durch Confusion wenigstens von seiner Verpflichtung zu leisten befreit wird. Oder endlich die Forderung wird ihm selbst zu seiner Befriedigung zugewiesen, und in diesem Fall wird er gleichfalls durch Confusion von seiner Leistungspflicht befreit werden.

So ist er denn also keineswegs, wie Duncker meint, genöthigt die Sache aufzuheben, bis es dem Käufer gefällig ist, zu zahlen!

Um nun die Leistung des andern Theils fordern zu können, muß jeder der Contrahenten zuförderst seinerseits leisten. Der Verkäufer insbesondere muß, um das pretium fordern zu können, die verkaufte Sache tradiren, gerichtlich deponiren oder offeriren.

§ 7. Die Tradition.

Die äußerliche Hingabe, Uebergabe der Sache, ist an sich ohne juristische Bedeutung, eine „nuda traditio", wie es in dem bekannten fr. 31. pr. de acq. rer. dom. XLI. 1. ausgedrückt wird. Sie ist lediglich ein Mittel, durch welches sehr verschiedene Zwecke realisirt werden können, das aber darum sich diesem Zwecke unterordnet und erst durch ihn seine Bedeutung erhält, ja sogar überflüssig erscheint, wenn derselbe Zweck ohne sie erreicht werden kann, wie in der brevi manu traditio. Dieser Zweck ist im Allgemeinen die Realisirung des übereinstimmenden Willens des Gebers und Empfängers, Eigenthum, Besitz, u. s. w. an der Sache zu übertragen und zu empfangen, des dinglichen Vertrages.

v. Savigny, System des heut. Röm. Rechts, Bd. III., Berlin, 1840, pag. 312.

Dieser Vertrag ist die justa causa der Tradition. Die ihm zu Grunde liegende Willenserklärung kann liegen in einem Rechtsgeschäft, dessen Intention über jenen dinglichen Vertrag hinausgeht und insofern ist jenes Rechtsgeschäft selbst die justa

causa der Traditon. Erfolgt diese dann in Folge jenes Geschäfts, so wird der sie bestimmende Wille aus jenem Rechtsgeschäft hergenommen und gedeutet. So enthält der Kaufcontract unter Anderem eine Willensäußerung des Inhalts, sich des Rechts an der verkauften Sache auf der einen Seite begeben, und auf der andern Seite es erwerben zu wollen. Erfolgt nun die Tradition in Folge des Kaufcoutracts, uvd es kommt keine neue, übereinstimmende Willenserklärung der Contrahenten zur Bestimmung der Tradition hinzu, so hat dieselbe die Bedeutung, daß, sobald der Käufer seinen Verpflichtungen nachkommt, der Verkäufer sich seines Rechts, des Eigenthums, entäußere und der Käufer es empfange, denn so weit und nur so weit ist der Wille des Verkäufers gebunden. Daher wäre einestheils seine einseitige Willenserklärung, trotz dem, daß der Käufer leistet, das Eigenthum nicht übertragen zu wollen, wirkungslos, weil der zur Wirkung des Eigenthumsüberganges erforderliche Wille bereits früher vorhanden und gebunden war; anderntheils aber geht auch, wenn nichts Neues hinzukommt, das Eigenthum nicht eher auf den Käufer über, als bis er seiner Verpflichtung, das pretium zu leisten, nachkommt, denn für einen andern Fall liegt der erforderliche Wille des Tradenten nicht vor.

fr. 5. § 18. de tribut. act. XIV. 4.
fr. 19. fr. 53, de contr. emt. XVIII. 1.
§ 41. J. de R. D. II. 1.

So schließt sich jene gesetzliche Bestimmung den allgemeinen Grundsätzen des Römischen Rechtssystems vollkommen consequent an. Um dies anzuerkennen, bedarf es eines historischen Nachweises nicht, wie ihn einige Schriftsteller, veranlaßt durch die in § 41. J. cit. enthaltene Bemerkung, daß schon die XII Tafeln jene Bestimmung enthalten hätten, gegeben haben.

Puchta, Institutionen, Bd. II., 3te Auflage, Leipzig 1851, § 241.
Schilling, l. c., Bd. II., § 162, Zusatz 2.

Auch setzt jene Stelle selbst hinzu, daß man mit Recht jene Bestimmung aus dem jus gentium oder jus naturale herleite.

Außer jener die Tradition bestimmenden Willenserklärung, wie sie im Kaufcontract bereits liegt, kann nun sehr wohl ein anderer dinglicher Vertrag gedacht werden, durch den die Bestimmungen des Kaufcontracts aber nicht verändert werden. Es kann z. B. der Verkäufer sofort bei Uebergabe der Sache das Eigenthum auf den Käufer übertragen zu wollen erklären und der Käufer solches acceptiren; hierdurch kommt er zugleich seiner Pflicht aus dem Kaufcontract, dann zu leisten, wenn der Käufer leistet, nach und auf der andern Seite bestehen des letztern Verpflichtungen aus dem Kaufcontracte unverändert fort. Daher ist jene Bestimmung, daß das Eigenthum nicht auf den Käufer übergehe, bevor er geleistet, nur ein naturale, d. h. es wird vorausgesetzt, daß der Verkäufer unter dieser Beschränkung tradire, bis durch eine besondere Abmachung etwas Anderes dargethan ist.

§ 8. Der dingliche Vertrag der Tradition, unabhängig vom Kaufcontracte betrachtet.

Es ist nicht nur möglich, sondern sogar richtiger, das durch die Tradition entstehende, rechtliche Verhältniß zur Sache unabhängig vom Kaufcontracte zu betrachten, da der jene Tradition bestimmende dingliche Vertrag seinem Begriffe nach von dem Kaufcontracte verschieden ist, wenn gleich die ihm zu Grunde liegende Willenserklärung mit der den Kaufcontract begründenden Willenserklärung coincidirt. Dann liegt uns Folgendes vor:

Auf der einen Seite wird eine Sache übergeben mit der Absicht, das Eigenthum derselben zu übertragen. Jedoch ist die Voraussetzung dieser Uebertragung, daß von der andern Seite eine gewisse Geldsumme geleistet werde und es wird erwartet, daß dies sofort geschehe (da der andere Theil zur sofortigen Leistung verpflichtet ist); es wird mithin auch erwartet, daß das Eigenthum sofort übergehe.

Während die Zahlung des Kaufpreises in dem Kaufcontracte selbst als etwas so Nothwendiges erscheint, daß ohne dieselbe letzterer gar nicht gedacht werden könnte, ist diese Thatsache

in den dinglichen Vertrage der Tradition etwas Willkührliches, so daß sie hier als eine wahre Bedingung angesehn werden kann. Liegt uns nun überhaupt eine Bedingung vor, so haben wir deren Einfluß, wie den jeder andern, in drei Momenten zu betrachten, während sie schwebt, wenn sie eintritt und wenn sie deficirt.

Vergl. überhaupt: Sell, über bedingte Traditionen, Zürich, 1839.

§ 9. Die bedingte Tradition während Schwebens der Bedingung.

Während Obschwebens der Begingung hat der Verkäufer im Allgemeinen noch alle diejenigen Rechte, welche ihm vor Uebergabe der Sache zustehen; daher ist er auch zu allen Dispositionen befugt, welche er vorher mit Erfolg vornehmen konnte, es sei denn daß solche durch die Detention der Sache selbst bedingt wären. Seine persönliche Verpflichtung geht indeß dahin, daß er von seinen Rechten keinen Gebrauch mache, der die Hoffnung des Käufers vereitele, oder letzterem für den Fall des Eintritts der Bedingung nachtheilig sein könnte. Ihm allein steht zwar die Vindication zu; allein er darf von derselben gegen den Käufer pendente conditione keinen Gebrauch machen; ditsem würde gegen des Verkäufers Vindication eine exceptio doli zustehen.

Vangerow, l. c., Bd. I., § 334, pag. 588, sub b. Sell, l. c., pag. 18. ff.

Daß auch der Verkäufer die Publiciana in rem actio hat, kann gewiß nicht bezweifelt werden, wenn man bedenkt, daß, abgesehn von den bestimmten Ausnahmefällen des abgeleiteten Besitzes (und von einem solchen kann hier füglich nicht die Rede sein) der juristische Besitz den animus domini, die Publiciana aber conditionem usucapiendi voraussetzt, in welcher der juristische Besitz enthalten ist. Unbegreiflich ist daher, wie Duncker, der doch l. c. pag. 83, ganz richtig den animus domini dem Verkäufer zuschreibt, die Publiciana jedem Käufer zu-

sprechen kann, ohne Rücksicht darauf, ob der Preis gezahlt ist oder nicht. Der hier vorgetragenen Ansicht steht auch das fr. 8. de Publ. act. VI. 2. keineswegs entgegen; denn für den dort besprochenen Fall muß angenommen werden, daß der Kaufpreis creditirt und dadurch alles Recht des Verkäufers an der Sache auf den Käufer übertragen worden. Noch verwerflicher ist die Ansicht Leonhardts, l. c. § 13, pag. 257, der dem Käufer die Publiciana dann zugesteht, wenn der Verkäufer ohne Weiteres tradirt habe, weil letzterer solches gethan um den Contract zu erfüllen und der Käufer den Besitz animo domini erworben habe!

Daß insbesondere der Käufer vor eingetretener Bedingung sich nicht in conditione usucapiendi befinde, ist hinreichend ausgemacht.

Sell, l. c., pag. 28. ff.

Dem steht auch nicht entgegen, daß die Quellen, wo sie von einer schwebenden Bedingung sprechen, in der Regel ein bedingtes Rechtsgeschäft voraussetzen, in Folge dessen tradirt worden, während in unserm Fall der Kauf selbst unbedingt abgeschlossen ist; denn durch die bedingte Abschließung des Kaufcontracts wäre auch die Tradition bedingt. Für die Frage aber, welches Verhältniß zur Sache durch die Tradition entstanden sei, kommt lediglich der ihr zu Grunde liegende dingliche Vertrag in Betracht.

Sell, l. c., pag. 13. Anm. 1. i. f.

Aus der Annahme des juristischen Besitzes auf Seiten des Verkäufers folgt von selbst, daß er allein zur Anstellung der possessorischen Interdicte pendente conditione befugt ist. Dagegen werden die heutzutage gebräuchlichen Schutzmittel des Besitzes, das possessorium summarium und das remedium spolii, jedem Detentor, also in casu dem Käufer, gegeben.

Duncker, l. c. § 20.
Savigny, Recht des Besitzes, 6te Aufl. Gießen 1837. §§ 50 und 51.

Was die Dispositionsbefugniß des Verkäufers betrifft, so

kann er die Sache pendente conditione, als Eigenthümer, zwar weiter verkaufen und mit dinglichen Rechten belasten; mit rechtlichem Erfolg jedoch nur für den später zu erörternden Fall des Deficirens der Bedingung. Sein Forderungsrecht aus dem Kaufcontract kann er natürlich einem Dritten cediren, die Rechte welche ihm selber als Eigenthümer noch zustehen, können aber auf den Cessionar nicht ohne Tradition übergehn.

Darnach bestimmt sich leicht, welches Rechtsverhältniß der Käufer pendente conditione der Sache gegenüber einnimmt. Die Detention setzt ihn in den Stand, sich durch Retention gegen Störung des Verhältnisses von Seiten des Verkäufers zu schützen; Schutzmittel des Besitzes gegen Dritte kommen ihm insofern zu, als sie einem Detentor überhaupt gewährt sind; die Sache weiter zu veräußern oder mit dinglichen Rechten beschweren kann er nur eventuell; sein Recht aus dem Kaufcontracte, so weit es auf Eigenthumserwerb geht, kann er einem Dritten übertragen. Die Grundsätze über das periculum sind durch den gegenwärtigen Stand des Rechtsverhältnisses nicht verändert, weil sie sich an die Perfection des Kaufcontracts knüpfen. Die etwaige Haftung des Käufers für dolus, culpa und custodia kommt erst dann in Betracht, wenn die Bedingung deficirt.

§ 10. Eintreten der Bedingung.

Dieses hat auf Seiten des Tradenten eine völlige Rechtsentäußerung, auf Seiten des Accipienten den definitiven Erwerb alles Rechts an der Sache zur Folge. Dem Kaufcontract gehört die Wirkung an, daß, wenn das pretium geleistet wird, das Eigenthum auch der Accessionen der Sache, die vom Moment der Perfection an entstanden sind, auf den Käufer, hier den Accipienten, übergeht.

Eine wichtige Folge des Eintritts der Bedingung ist die Zurückziehung der Wirkung auf den Moment der Hinzufügung der Bedingung, in unserem Falle auf den Moment der Uebergabe der Sache.

Mühlenbruch, Fortsetzung zu Glücks Pandecten-Commentar, Th. 41, § 1456, pag. 49. ff.
Sell, l. c. pag. 100. ff.
fr. 8. pr. de per. et comm. rei vend. XVIII. 6.
fr. 8. de R. C. XII. 1.
fr. 15. de reb. dub. XXXIV. 5.

Diese Wirkung äußert sich für unsern Fall besonders darin, daß die Verfügungen, welche der Verkäufer über die Sache pendente conditione zum Nachtheil des Käufers vorgenommen, ungiltig werden, so daß die dinglichen Rechte, mit welchen er die Sache beschwert hatte, ihre Wirkung verlieren, während umgekehrt die Verfügungen, welche der Käufer während schwebender Bedingnng getroffen, convalesciren können.

Savigny, System des heutigen Röm. Rechts. Bd. 3. Berlin. 1840, § 120. pag. 151.
Sell, l. c., pag. 157 ff.

§ 11. Wegfallen der Bedingung.

Deficirt die Bedingung, so fällt die Wirkung der Tradition so weg, als sei die Sache überhaupt nicht übergeben worden. Der Verkäufer bleibt Eigenthümer, wie er es vor der Uebergabe gewesen und es bleibt nur das rechtliche Verhältniß zwischen Käufer und Verkäufer nach, welches durch die Perfection des Kaufcontracts entstanden war. Die von dem Verkäufer pendente conditione vorgenommenen Dispositionen über die Sache convalesciren jetzt, die Dispositionen des Käufers aber werden wirkungslos.

Der Verkäufer kann nunmehr die verkaufte Sache von dem Käufer vindiciren, ohne daß dieser ihm mit Erfolg die exceptio rei venditae et traditae opponiren würde. Sell, l. c., § 20, pag. 168. ff., führt den Beweis, daß, wenn eine Sache unter einer Suspensio-Bedingung verkauft und pendente conditione übergeben worden, nach Deficiren der Bedingung die vindicatio von dem Tradenten angestellt werden könnte. Es fehlt nämlich der exceptio rei venditae et traditae an der factischen Grundlage, insofern die Sache durch das Deficiren der Bedingung

verkauft und tradirt zu sein aufhört. Dem Wesen nach derselbe Grund gilt auch für unsern Fall, denn die wirksame thatsächliche Grundlage in der exceptio rei venditae et traditae beruht nicht auf dem Kaufcontract und dem factum der Uebergabe, der nuda traditio, sondern auf dem Kaufcontract und dem dinglichen Vertrage, welcher allein dem factum der Uebergabe Bedeutung verleiht. War der dingliche Vertrag an eine Bedingung geknüpft und diese deficirte, so ist er nicht mehr vorhanden, und der Nachweis dessen wird hinreichen, um die exceptio rei venditae et traditae zu elidiren. Diese Elision ist aber keine replica doli; eine solche darf der exceptio rei venditae et traditae, die nichts Anderes als eine exceptio doli, ist, (Vangerow l. c.) nicht opponirt werden.

fr. 4. § 13. de doli mali except. XLIV. 4.

Diese Bestimmung liegt vollkommen in der Natur der Sache, denn in der replica doli würde der in der exceptio doli behauptete dolus des Verkäufers zugestanden werden, während er in der Elision der exceptio rei venditae et traditae in Abrede gestellt wird. Unrichtig als replica doli faßt Duncker l. c. pag. 162. das Wesen der wirksamen Entgegnung auf die exceptio rei venditae et traditae auf.

Der Vindicationsbefugniß des Verkäufers steht auch nicht entgegen die cst. 8. de contrahenda emtione, IV. 38. si .... vineas distraxisti, nec pretium tibi numeratum est, actio tibi pretii, non eorum, quae dedisti, repetitio competit, — und ebenso wenig die cst. 1. de actt. emt. et vend. IV. 49. „adversus eum, cui agrum vendidisti, judicio venditi consiste. Nec enim tibi in rem actio cum emtore, qui personaliter tibi sit obligatus, competit.“ Die erstere Stelle kann sehr wohl voraussetzen, daß das Eigenthum an der verkauften Sache auf den Käufer bereits übergegangen und wegen Ausbleibens der Zahlung des Preises um Aufhebung des Contracts gebeten war, worauf die Entscheidung erfolgte, wie sie auch in zahlreichen andern Constitutionen vorliegt, daß die Nichtzahlung kein Grund zur Aufhebung des Kaufes sei. In der cst. 1. cit. wird nur

der Satz ausgesprochen, daß aus dem Kaufcontract keine actio in rem, sondern nur eine persönliche Klage gegen den Käufer entspringe, hierdurch aber nicht ausgeschlossen, daß die Detention der Sache von dem Verkäufer wiedererlangt werden könne.

In fr. 9. de R. V. VI. 1. wird der Satz anerkannt, daß die Vindication auch zur Wiedererlangung der bloßen Detention angestellt werden könne. Andrerseits ersehen wir aus fr. 1. § 5. de exc. rei vend. et trad. XXI. 3., daß diese exceptio der Vindication nicht unbedingt entgegensteht, wenn die verkaufte Sache übergeben worden; denn, heißt es daselbst, „etsi (venditor) tradiderit possessionem, fuerit autem ei justa causa vindicandi, replicatione adversus exceptionem utetur.“ Dies im Zusammenhang mit den oben entwickelten Sätzen, daß der Verkäufer die Sache bis zur Leistung des pretii „quasi pignus“ zurückhalten könne und daß der dingliche Vertrag, nicht das factum der Hingabe, die Wirksamkeit der exceptio rei venditae et traditae bedinge, begründet hinreichend die Vindicationsbefugniß des Verkäufers.

§ 12. Leistungen zur Wiederherstellung des Verhältnisses vor Uebergabe der Sache.

Hier entscheiden die allgemeinen Grundsätze über Vindication. Zuförderst muß dem Verkäufer die Sache ausgeliefert werden; ist dieselbe durch Zufall verschlechtert worden, so kann er natürlich um so weniger einen Ersatz von dem Käufer verlangen, als, wenn es wieder zur Erfüllung des Kaufcontracts kommt, letzterer den Schaden tragen müßte. Ist die Sache durch Schuld des Käufers verschlechtert worden, so hat der Verkäufer, wenn man bedenkt, daß durch die Vindication nur dasjenige Verhältniß wieder hergestellt werden soll, welches nach Perfection des Kaufcontracts und vor Uebergabe der Sache statt fand, zur Zeit gewiß einen Anspruch auf Ersatz. Ist die Sache durch Zufall verbessert worden, so kann eben so wenig gezweifelt werden, daß diese Verbesserung für jetzt dem Verkäufer zu gut kommt. Ist sie durch Verwendungen des Käufers ver-

bessert worden, so müssen letzterem die nothwendigen Verwendungen ohne Zweifel ersetzt werden; hinsichtlich der impensae voluptuosae findet nur das Recht der Wegnahme statt. Ob dem Käufer die impensae utiles ersetzt werden müssen, ist zweifelhaft. Sell, l. c., § 24, bejaht die Frage für den Fall, daß der Tradent von den Verwendungen Kenntniß gehabt und dieselben zugelassen habe, weil seine Weigerung, sie zu vergüten, einen die Nachlässigkeit des Empfängers überwiegenden dolus involviren würde.

§ 30. J. de R. D. II. 1.
fr. 10. § 12. de acq. rer. dom. XXI. 1.

Duncker, l. c. § 17. pag. 100, obwohl er aus den eben citirten Gesetzen folgert, der Verkäufer habe schenken wollen, tritt doch aus Gründen der Billigkeit der Meinung bei, daß der Eigenthümer in so weit zum Ersatze der nützlichen Verwendungen verbunden sei, als er durch dieselben bereichert würde. Die Forderung des Ersatzes der nützlichen Verwendungen, durch welche der Verkäufer bereichert worden, rechtfertigt sich indeß, wenn man den Käufer als Verwalter einer fremden Sache ansieht, — und dies ist wohl die richtige Auffassung des Verhältnisses, da er jedenfalls weder bonae, noch malae fidei possessor ist, —

Mühlenbruch, l. c. pag. 50.

so daß er zu nützlichen Verwendungen vollkommen befugt ist.

Von den Früchten der Sache werden die pendentes, als pars fundi, und die percepti exstantes, weil der Eigenthümer an ihnen ein besonderes Eigenthum erworben, vindicirt; die percepti consumti kommen ohne Zweifel dem Verkäufer als Eigenthümer zu; daß er sie aber nicht vindiciren, sondern nur mit einer persönlichen Klage Ersatz fordern kann, liegt in der Natur der Vindication. In wie weit der Empfänger zum Ersatz der fructus percipiendi verpflichtet ist, muß auch von dem Gesichtspunkte, daß er Verwalter einer fremden Sache war, beurtheilt werden.

§ 13. Möglichkeit der Anwendung der Momente des Schwebens, Eintretens und Deficirens der Bedingung.

Wann deficirt nun aber die Bedingung des von uns betrachteten dinglichen Vertrages? Die Bedingung war, daß der Kaufpreis sofort bezahlt werden müsse und es könnte scheinen, als ob von einer pendens conditio in unserm Falle gar nicht die Rede sein könnte, sondern im Momente der Hingabe der Sache die Bedingung entweder deficiren oder eintreten müßte. In der That wird es sich in den meisten Fällen des vermögensrechtlichen Verkehrs, wo von Kauf und Verkauf die Rede, also verhalten. Allein bedenken wir, daß der Act der Zahlung selbst einen erheblichen Zeitraum einnehmen kann, während dessen die Bedingung schwebt, ferner, daß die Gesetze einem Debitor, wenngleich er zur sofortigen Zahlung verpflichtet ist, einen billigen Zeitraum, temperamentum temporis, vergönnen, in welchem er dieselbe bewerkstellige,

Müller, civilist. Abhandlungen. No. 1. § 8, pag. 29.
fr. 105, de solutionibus. XLVI. 3.

ohne daß deshalb eine mora angenommen wird, so dürfte dadurch die Annahme der Möglichkeit des Schwebens jener Bedingung gerechtfertigt erscheinen. Ein ähnlicher Fall liegt vor, wenn die Gesetze die Eingehung einer Ehe als Suspensiv-Bedingung des Eigenthumsüberganges der dos hinstellen. Alsdann versteht sich von selbst, daß die Bedingung nicht sofort deficirt, wenn die Ehe ntcht sogleich eingegangen wordeu ist, sondern sie soll erst dann deficiren, wenn der sponsus nach geschehener Aufforderung die Ehe nicht eingehen zu wollen, erklärt hat — nuntio remisso. —

fr. 7. § 3. de jure dotium. XXIII. 3.

Darnach können wir für unsern Fall annehmen, daß die Bedingung dann deficire, wenn der den Umständen angemessene, zur Zahlung erforderliche Zeitraum ohne Erfolg verstrichen ist. Auch lassen sich allerdings Fälle denken, in welchen, auch wenn

die Bedingung nur wenige Momente schwebte, jene oben erwogenen Verhältnisse in Frage kommen können. Jene seltenen Fälle sind es aber nicht, welche uns zur Erwägung der Rechtsverhältnisse der schwebenden, eintretenden und deficirenden Bedingung veranlassen können; es ist vielmehr folgender Umstand: Wenn das Eigenthum an der verkauften Sache bei der Uebergabe unter der Suspensiv-Bedingung vorbehalten ward, daß der Kaufpreis gezahlt würde, andrerseits aber dem Käufer das pretium creditirt ward, so schwebt die angegebene Bedingung offenbar, so lange der Credit dauert. Dann aber kommen für dieses Verhältniß dieselben Fragen in Betracht, wie in dem oben behandelten Fall. Wir können uns später ohne Weiteres auf die hier vorgetragenen Grundsätze beziehen; durch diese Trennung aber vermeiden wir es, aus dem pactum r. d. selbst Sätze zu folgern, die einen allgemeineren Grund haben.

Nach den oben entwickelten Grundsätzen stellt es sich von selbst heraus, daß, wenn die Vindication von dem Verkäufer mit Erfolg angestellt worden, solches auf den Bestand des Kaufcontracts gar keinen Einfluß hat. Es deficirte nämlich nur die Bedingung des dinglichen Vertrages, daß der Kaufpreis sofort gezahlt würde, während, wie wir oben gesehen haben, die Frage, warin geleistet wird, für die Perfection des Kaufcontracts von gar keinem Belang ist; gelangt daher der Verkäufer wieder zur Detention der Sache, so hört er auf, geleistet zu haben, während seine Pflicht zu leisten fortdauert.

Es kann aber auch sein, daß er von seinem Recht, nach Deficiren der Bedingung die Sache zurückfordern, keinen Gebrauch macht; dann ist die Detention der Sache durch den Käufer ein lediglich factisches Verhältniß. Zwar kann ihm letzterer auch ferner die exceptio rei venditae et traditae entgegen halten, jedoch nur, sofern er sich zur Zahlung erbietet. Wenn hier der Verkäufer die Sache nicht zurückerhält, so ist dies bloß die Folge davon, daß er aus dem Kaufcontract immer noch zur Tradition verpflichtet bleibt.

§ 14. Creditgebung.

Aus jenem factischen Belassen der Sache in der Detention des Käufers folgt noch nicht die Absicht des Verkäufers, den Kaufpreis zur Zeit noch nicht fordern zu wollen, sondern nach dem Grundsatz „quoties in obligationibus dies non ponitur, praesenti die pecunia debetur“,

fr. 41. § 1. de V. O. XLV. 1.
§ 2. J. de duob. reis stip. III. 16.
fr. 14. de R. J. L. 17.

muß vielmehr angenommen werden, daß der Verkäufer auf die Zahlung des Kaufpreises jeder Zeit Anspruch mache. Auch spricht für jene Voraussetzung die gesetzliche Verpflichtung des Käufers, vom Moment der Uebergabe an den Kaufpreis zu verzinsen.

fr. 13. §§ 20 u. 21. de A. E. V. XIX. 1.
cst. 5. de A. E. V. IV. 49.

Soll daher angenommen werden, daß der Verkäufer das Kaufpretium zur Zeit nicht fordern zu wollen sich verpflichte, oder daß er dasselbe creditire, so muß eine besondere Thatsache hinzukommen, aus welcher jene Absicht gefolgert werden kann. Die Creditgebung kann nun in sehr verschiedenen Formen ausgedrückt werden. Der Verkäufer kann ohne weiteren Beisatz erklären, er creditire; er kann erklären, er creditire bis zu einem gewissen Zeitpunkt; er kann endlich auch den dies der Zahlung ausdrücklich in die Willkühr des Käufers stellen. Allein, auch abgesehen von der ausdrücklichen Erklärung, creditiren zu wollen, kann jene Absicht aus andern Thatsachen gefolgert werden. Wenn nach geschehener Tradition ein dies für die Zahlung verabredet wird, so folgt daraus die Creditirung bis zu diesem dies; wenn ein Kündigungstermin verabredet wird, so folgt daraus, daß der Kaufpreis bis dahin creditirt wird, daß gekündigt worden und die in der Kündigung festgesetzte Frist verstrichen ist. Vangerow, l. c., Bd. 1, § 311, Anm. 2, pag. 502, meint, daß auch in der ausdrücklichen Reservirung des Eigenthums sich offenbar die Absicht des Verkäufers ausspreche, nicht auf

alsbaldiger Zahlung des Kaufpreises bestehen zu wollen; daß also dadurch ein stillschweigender Creditvertrag abgeschlossen sei. Es ist allerdings, wie sich in der Folge zeigen wird, der Vorbehalt des Eigenthums ein superfluum, wenn nicht creditirt wird, allein daraus, daß der Verkäufer im gegentheiligen Falle zu ängstlich in der Bewahrung seiner Rechte wäre, kann nicht zu seinem Nachtheil gefolgert werden, daß er sich ein Recht vergebe. Wenn der Verkäufer erklärt hat, er creditire, ohne dabei einen dies solutionis festzusetzen, so kann nicht angenommen werden, wie Müller, l. c., § 8, pag. 22 ff., glaubt, daß hierdurch der dies der Zahlung in die Willkühr des Käufers gestellt sei; vielmehr steht auch hier der dies in der Willkühr des Verkäufers, schon deshalb, weil ein Jeder der beste Interpret seiner eigenen Worte ist. Ferner ergiebt sich aus fr. 9. qui sine manumissione, XL. 8, der Satz, daß wenn eine Verpflichtung, ohne die Zeit der Erfüllung festzusetzen, auferlegt wird, daraus nicht ohne Weiteres folgt, daß die Zeit in den Willen des Debitor gesetzt sei. Besonders aber spricht für unsere Auslegung eines solchen Creditvertrags die unabweisbare Analogie des Darlehns. Es ist bekannt, daß wenn eine Geldsumme ohne Festsetzung des Tages der Rückzahlung als Darlehn hingegeben worden, im Allgemeinen die Regel „quoties in obligationibus dies non ponitur, pecunia statim debetur“ zur Anwendung kommt. Da nun aber eine sofortige Rückforderung dem Zweck des Geschäftes widersprechen würde, welches letztere offenbar den Vortheil des Empfängers der Geldsumme intendirt, so wird dem Debitor jenes im fr. 105, de solut. XLVI. 3, erwähnte „temperamentum temporis“ nachgegeben, ohne, daß er deshalb in moram verfällt.

Unterholzner, Lehre des Römischen Rechts von den Schuldverhältnissen. Bd. 2. Leipzig. 1840, § 309.

Eine ähnliche Bestimmung gilt auch bei dem Commodat, von dem es im fr. 17. § 3. Commodati, XIII, 6, heißt, daß die übernommene Obligation den Commodans verhindere, dem Commodatar den Gebrauch der geliehenen Sache unzeitig zu

entziehen. Dies auf unsern Fall angewendet, wird der Richter nach den Umständen zu bestimmen haben, wie weit die sofortige Forderung des pretium der Intention des Creditvertrages widerspreche.

Ist nun aber wirklich die Zahlungszeit in die Willkühr des Schuldners gestellt worden, so bestimmen die Gesetze, daß die Zeit der Erfüllung erst mit dem Tode des Schuldners für seine Erben eintreten solle.

fr. 11. § 6. fr. 41. § 13. de leg. et fid. III. (32).
fr. 9. Qui sine manumissione. XL. 8.
Müller, l. c. pag. 30.

Es lassen sich auch sonst noch Fälle denken, in welchen der dies im Creditvertrage unbestimmt gelassen ist und, streitigen Falles, durch richterliche Interpretation des Geschäftes festgesetzt werden muß, z. B. wenn gesagt wäre, die Zahlung solle „nach Gelegenheit“ erfolgen.

fr. 125. de V. S. L. 16.
Unterholzner, l. c.

Es ist also keineswegs, wie Müller, l. c., behauptet, die Zeit der Zeit der Erfüllung jedes Mal durch die Gesetze festgestellt, wo eine Uebereinkunft fehlt.

Mit der Forderung des terminlosen Darlehnes hat die Forderung des ohne Termin creditirten Kaufpreises noch die Aehnlichkeit, daß die Verbindlichkeit der Zinszahlung erst mit dem Momente der Interpellation eintritt, es sei denn, daß besondere Zinsen ausgemacht wurden. Bei manchen Schriftstellern, z. B. Gensler, im Archiv für civilist. Praxis, Bd. 2, l. c., findet man die Bemerkung, daß die Forderung des Kaufpreises durch Creditirung desselben in eine Darlehnsforderung übergehe. Vom Standpunkte des Römischen Rechts ist dies entschieden unrichtig; denn, wenngleich die Forderung des Kaufpreises durch einen desfallsigen Vertrag und eine brevi manu traditio in eine Darlehnsforderung verwandelt werden kann,

Schilling, l. c., Bd. 3, § 265, pag. 221 u. 222.

so darf doch ein solches Geschäft nicht vermuthet werden. Ferner,

wenn auch, nachdem das Eigenthum in Folge Creditirens auf den Käufer übergegangen und somit das Rechtsverhältniß zwischen Beiden den Charakter der Gegenseitigkeit verloren hat, war doch die Klage des Römischen Rechts auf den creditirten Kaufpreis immer die actio venditi und als solche von der condictio certi ex mutuo nicht nur dem Namen, sondern auch der Wirkung nach verschieden. Nun ist freilich im heutigen Proceß der Gebrauch der Namen der Klagen nicht mehr wesentlich, die Wirkungen der Klagen aber sind stets die der actiones bonae fidei;

Savigny, System des heutigen Röm. Rechts. Bd. 5. Berlin 1841, § 224.

allein jene Ansicht ist nur geeignet, die falsche Vorstellug zu erregen, als sei der Grund, warum in Folge der Creditirung des Kaufpreises das Eigenthum an der verkauften Sache auf den Käufer übergehe, darin zu suchen, daß der Verkäufer sich in dem Creditvertrage hinsichtlich des Kaufpreises für satisfacirt erkläre, indem er statt desselben eine Schuldforderung an den Käufer erwerbe.

Es giebt Stellen des Römischen Rechts, durch welche jene Auffassung begünstigt zu werden scheint; so wird z. B. im fr. 5. § 18. de trib. act. XIV. 4. nachdem eben ausgesprochen worden, daß eine verkaufte und übergebene Sache von dem Verkäufer vindicirt werden könne, wenn er den Kaufpreis nicht creditirt gehabt, als Grund dafür die Regel angeben, daß die verkauften Sachen nicht eher aufhörten, dem Verkäufer zu gehören, als bis entweder der Kaufpreis gezahlt oder Bürgschaft gestellt oder auf eine andere Weise satisfacirt worden, so daß hier die Creditirung mit in dem Begriff der Satisfaction enthalten zu sein scheint. Andere Stellen dagegen, z. B. fr. 19. de contrahenda emt. XVIII. 1., scheiden ausdrücklich die Creditirung von der Satisfaction. So fest daher die Regel steht, daß in Folge des Creditvertrages, wenn nichts Anderes ausgemacht worden, das Eigenthum an der verkauften und übergebenen Sache auf den Käufer übergeht,

fr. 5. § 18. de tribut. act. XIV. 4.

fr. 19., fr. 53, de contr. emt. XVIII. 1.
§ 41. J. de R. D. II. 1.

so wenig ist der Grund derselben mit Bestimmtheit anzugeben, um so weniger, als diese Regel aus dem Begriff des Creditvertrages keineswegs folgt; denn dieser enthält weder an sich, noch, wie oben gezeigt worden, nach den Ansichten des Römischen Rechts, eine Befriedigung wegen des Kaufpreises, so daß die Beziehung der Forderung auf den Kaufcontract hinfort verschwände; er enthält lediglich die acceptirte Erklärung, den geschuldeten Kaufpreis nicht sofort fordern zu wollen. Vielleicht liegt der Grund jener gesetzlichen Anordnung in der Begünstigung der Erfüllung des Contracts, die wenigstens von der einen Seite angenommen werden soll, wenn nicht das Gegentheil ausdrücklich erklärt wird. Worin der Grund aber auch liegen mag, so lange nicht nachgewiesen wird, daß der Eigenthumsübergang aus dem Begriff des Creditvertrages folgt, kann jener auch nur als ein naturale contractus angesehen werden, von dem abzuweichen die Partheien durch die ihnen gesetzlich gestattete Willkühr innerhalb des Privatrechts vollkommen befugt erscheinen,

fr. 43. de pactis. II. 14.
fr. 52. de V. O. XLV. 1.

um so mehr, da an dem Begriff des perficirten Kaufcontracts, wie wir ihn oben erkannt haben, durch diese Abweichung nichts verändert wird. Hierin stimmen auch fast alle Schriftsteller überein, obwohl sich auch die abweichende Meinung vertreten findet. So behauptet z. B. Ebhardt, juristische Zeitschrift für Hannover, Jahrgg. 14, 1839, Hft. 2, Nr. 5, pag. 72 ff., daß es dem Wesen des Kaufcontracts widerspräche, zu verabreden, das Eigenthum solle ungeachtet des Credits nicht auf den Käufer übergehen, eine Behauptung, die sich schon durch die unrichtige Voraussetzung widerlegt, daß beim Kaufcontracte das Creditgeben der wirklichen Befriedigung des Verkäufers gleichstände. Die abweichende Meinung Müllers im Archiv für civilist. Praxis, l. c., und seinen civilist. Abhandlungen, l. c., kann erst in der Folge näher erörtert werden.

§ 15. Sicherungsmittel des Römischen Rechts für die Ansprüche des Verkäufers.

Wenn nun, nachdem das pretium creditirt worden, das Eigenthum der verkauften Sache übergegangen ist und die Ansprüche der Contrahenten den Charakter der gegenseitigen Abhängigkeit verloren haben, so hat der Verkäufer stets wenigstens die Möglichkeit vor Augen, die verkaufte Sache ohne alle Entschädigung zu verlieren. Es leuchtet ein, daß, wenn es gegen diese Eventualität keine Sicherungsmittel gäbe, sehr viele Kaufgeschäfte unterbleiben würden, weil sie nicht zum Vortheil beider Contrahenten auf Credit abgeschlossen werden können. Es giebt nun bereits im System des Römischen Rechts mancherlei Mittel, den Verkäufer in jener Beziehung sicher zu stellen. Diese Mittel sind im Ganzen von zweierlei Art; entweder setzen sie voraus, daß das Eigenthum der verkauften und übergebenen Sache auf den Käufer übergeht, oder daß es bei dem Verkäufer verbleibt. Zu jener erstern Art gehört die Bestellung von Bürgen und von Pfändern.

§ 41. J. de R. D. II. 1
fr. 5. § 18. de tribut. act. XIV. 4
fr. 19. fr. 53, de contr. emt. XVIII. 1.

Allein die Bestellung von Bürgen ist nicht unbedingt sicher, da auch diese insolvent werden können; die Bestellung von Pfändern unbequem, da eine Sache, deren Werth sich bis zum Belauf des ganz oder theilweise rückständigen Kaufpreises erhebt, dem freien Verkehr entzogen würde. Die Römischen Quellen kennen ferner die Constituirung einer Hypothek an der verkauften Sache zur Sicherung des Kaufpreises.

fr. 1. § 5. fr. 2. de rebus eorum, qui sub tutela sunt. XXVII. 9.

Auch deducirt man aus den Quellen, daß, wenn Jemand etwas aufgewendet hat, um einem Andern eine Sache zu verschaffen, auszubessern oder zu erhalten, das ihm an dieser Sache vorbehaltene Pfandrecht privilegirt sei, und gewiß gehört hieher auch jene Hypothek.

Vangerow, l. c., Bd. 1, § 386. Anm. 1. pag. 806. 807.
Allein die Hypothekarien werden doch im heutigen Concursproceß in der Regel einestheils den absolut privilegirten Gläubigern nachgesetzt, anderntheils genöthigt, sich in das Concursverfahren mit einzulassen,

Vangerow, l. c., Bd. 3. § 583, pag. 226 ff.

und also auch die Concurskosten mitzutragen. Es sichert daher auch die Ausbedingung einer Hypothek an der verkauften Sache den Verkäufer nicht gegen Nachtheil.

Sehr gebräuchlich scheint bei den Römern die lex commissoria in dem resolutiven Sinne gewesen zu sein.

tit. D. h. t. XVIII. 3.
Glück, Pandecten-Commentar, Bd. 16. pag. 271, ff.

Darnach ging das Eigenthum an der verkauften Sache zwar auf den Käufer über; wenn er aber nicht rechtzeitig den ganz oder theilweise rückständigen, creditirten Kaufpreis erlegte, verlor er seine Rechte aus dem Kaufcontracte, in sofern der Verkäufer befugt war, von demselben abzugehn und die verkaufte Sache vermöge des durch die existent gewordene Resolutiv-Bedingung an ihn zurückgefallenen Eigenthums zu vindiciren.

Vangerow, l. c. Bd. 1, § 96. pag. 117. ff.
Zimmern, im Archiv für civilist. Praxis, Bd. 5. pag. 237 ff.

Von deu meisten Schriftstellern wird in Abrede gestellt, daß die Festsetzung eines dies solutionis durch die Partheien selbst zum Begriff der lex commissoria gehöre.

Vangerow, l. c., Bd. 1. pag. 501.
Schilling, l. c., Bd. 3. § 333. pag. 643.
Glück, l. c., pag. 276, und Andere.

Die abweichende Meinung wird besonders vertheidigt von Müller, im Archiv für civilist. Praxis, Bd. 12. pag. 247 ff. und in seinen civilist. Abhandlungen, No. 1., § 8., pag. 27. ff. In der That wird indeß von Müller nur so viel bewiesen, daß in einigen Pandectenstellen vorausgesetzt ist, daß überhaupt der dies solutionis feststehen muß, wenn die lex commissoria zur Wirksamkeit gelangen soll; in andern, z. B. fr. 4. h. t.,

daß jener dies von den Partheien verabredet worden. Allein dies schließt doch keineswegs aus, daß eine Abmachung mit derselben Wirkung von den Partheien für den Fall getroffen werde, daß der Käufer nicht dann zahle, wenn er zur Zahlung verpflichtet sei. Es liegt überhaupt kein innerer Grund vor, der Unterscheidung, ob der dies durch Abmachung, durch den Richter oder durch das Gesetz festgestellt worden, einen Einfluß einzuräumen und nicht für alle diese Fälle den Namen der lex commissoria zu gebrauchen. Letzteres dürfte consequenter Weise von Müller selbst nicht in Abrede gestellt werden, da er die Festsetzung des dies selbst schon von der lex commissoria scheidet.

Die lex commissoria ist indeß dem Verkäufer nicht immer vortheilhaft; wenn er nämlich nach Eintritt des dies solutionis Ansprüche geltend macht, die den Bestand des Kaufcontracts voraussetzen, so verliert er sein Recht aus der lex commissoria. Weist sich nun aus, daß der Käufer jenen Ansprüchen nicht genügen kann, so ist er der Eventualität ausgesetzt, Sache und Kaufpreis nicht zu erhalten. Wird die Sache, nachdem er von der lex commissoria Gebrauch gemacht hat, durch Zufall vernichtet oder deteriorirt, so würde er gleichfalls beides verlieren. Denkt man sich nun aber ein pactum resolutivum der Art, daß wenn der Käufer zur rechten Zeit seinen Verpflichtungen aus dem Kaufcontract nicht genügte, das Eigenthum an den Verkäufer zurückfiele, so daß er die Sache vindiciren könnte, der Kaufcontract aber bestehen bliebe, so wäre der Verkäufer immer besser daran, als im Falle der lex commissoria; denn wenn er nun die Sache vindicirte und dieselbe durch Zufall unterginge, so behielte er wenigstens die actio venditi gegen den Käufer. Ginge sie aber nicht unter, so stände es ihm frei, gegen den insolventen und zahlungspflichtigen Käufer die Execution zu richten; diese erstreckt sich auch auf die actio emti desselben und von dem Verkäufer hängt es ab, die Realisirung letzterer unter der Bedingung herbeizuführen, daß der Gegenstand derselben, die verkaufte Sache, in quantum zu seiner Befriedigung verwandt würde.

Ein solches pactum aber kennen die Römischen Quellen nicht.

Eine zweite Art der Sicherstellung des Verkäufers gegen den unentgeltlichen Verlust der Sache liegt dann vor, wenn der Verkäufer das Eigenthum an der verkauften und übergebenen Sache bis zu seiner Befriedigung zurückbehält, wie wenn eine lex commissoria suspensiva in der Weise abgeschlossen wird, daß, wenn die Bedingung der Zahlung des Preises deficirt, der Käufer keine Rechte aus dem Kontracte haben soll. Es leuchtet ein, daß wenn durch das Wegfallen einer Bedingung der Kaufcontract als nicht vorhanden bestimmt wird, die Perfection desselben pendente conditione ungewiß ist. Nun wird von manchen Schriftstellern bestritten, daß die Römischen Quellen die lex commissoria suspensiva kennnen.

Glück, l. c., pag. 273 u. 274.
Schilling, l. c., § 333. pag. 644.

Allein schon das fr. 2. § 3. pro emtore. XLI., 4., erkennt die Alternative einer suspeusiven und einer resolutiven lex commissoria an; unzweifelt ergiebt sich die Annahme der erstern aber aus dem fr. 21., locati, XIX. 2. in Verbindung mit fr. 22. eod. Die erste Stelle lautet: „Quum venderem fundum, convenit, ut, donec pecunia omnis persolveretur, certa mercede emtor fundum conductum haberet; an soluta pecunia merces accepto fieri debeat? Respondi: bona fides exigit, ut quod convenit fiat; sed non amplius praestet is venditori, quam pro portione ejus temporis, quo pecunia numerata non esset.“ Hierauf fährt das fr. 22. im pr. fort: „Item si pretio non soluto inemta res facta sit, tunc ex locato erit actio.“

Beide Stellen sind offenbar in Zusammenhang gebracht, so daß für die zweite die factischen Voraussetzungen der ersten gelten, nämlich daß ein Grundstück verkauft und zwischen den Contrahenten die Abmachung getroffen worden, daß die verkaufte Sache dem Käufer bis zur Zahlung des Preises vermiethet sein solle. Im fr. 21. wird der Fall gesetzt, daß der Kaufpreis gezahlt, in fr. 22. pr., daß er nicht gezahlt und deshalb der

Kaufcontract als nicht vorhanden angesehen wird. Das Eigenthum bleibt bei dem Verkäufer, wie sich aus dem Miethvertrage ergiebt. Von einer Creditirung des Kaufpreises kann nicht wohl die Rede sein, da gar kein perfecter Kaufcontract vorliegt, vielmehr dessen Bestand von der Zahlung des Preises abhängig gemacht worden ist. Hierin haben wir nun aber das wesentliche Merkmal der lex commissoria suspensiva.

Das fr. 20. § 2. eod. „Interdum locator non obligatur, conductor obligatur, veluti cum emtor fundum conducit, donec pretium exsolvat", läßt uns ganz in Ungewißheit darüber, ob ein perfecter oder ein bedingter Kauf vorausgesetzt wird.

Im fr. 20. de precario. XLIII. 26., „Ea, quae distracta sunt, ut precario penes emtorem essent, quoad pretium universum persolveretur, si per emtorem steterit, quo minus persolveretur, venditorem posse consequi;" — ist ein ähnlicher Fall vorausgesetzt. Allein auch hier wird nicht angegeben, ob der Kauf erst durch die Zahlung unbedingt werden solle, oder gleich anfangs unbedingt geschlossen worden.

Am meisten scheint das fr. 16. de per. et comm. rei vend. XVIII. 6., die Annahme zu begünstigen, daß die Römer den Vertrag gekannt, in Folge dessen nach perfectem Kaufe, geschehener Uebergabe und Creditirung des Kaufpreises das Eigenthum dennoch bei dem Verkäufer zurückbleibt. Die Stelle lautet: „Servi emtor, si eum conductum rogavit, donec pretium solveret, nihil per eum servum acquirere poterit, quoniam non videtur traditus is, cujus possessio per locationem retinetur a venditore. Periculum autem ejus servi ad emtorem pertinet, quod tamen sine dolo venditoris intervenerit." Daß hier ein perfecter Kaufcontract vorausgesetzt wird, ersehen wir aus der Bestimmung, daß das periculum auf den Käufer übergehen solle. Das Zurückbleiben des Eigenthums und die geschehene Uebergabe ergeben sich unzweifelhaft aus dem Miethvertrage. Nach dem oben aufgestellten Begriffe des Creditirens, wonach dasselbe in der Erklärung besteht, den Kaufpreis, der sofort ge-

fordert werden kann, nicht sofort fordern zu wollen, können wir auch nicht zweifeln, daß hier ein Creditvertrag, wenngleich ein stillschweigender, vorliegt, da, wenn der Verkäufer den Preis sofort fordern wollte, die Abschließung eines Miethvertrages eine Absurdität wäre. Müller, im Archiv für civilist. Praxis, l. c., pag. 255, leugnet, daß in dieser Stelle der gegebene Credit vorausgesetzt werde; er geht indeß von der unrichtigen Voraussetzung aus, daß das Creditiren des Kaufpreises und das Zurückhalten des Eigenthums in Widerspruch mit einander ständen, welcher Satz sich später als ungegründet ergeben wird. Auch Geyso, l. c., pag. 162, und Leonhardt, l. c., § 1., pag. 221., leugnen, daß die Römer das pactum r. d. gekannt haben. Aus dem Obigen ergiebt sich indeß, daß der Sache nach ein solcher Vertrag ihnen nicht unbekannt gewesen ist.

Den Fall, daß das Eigenthum der verkauften und tradirten Sache von dem Verkäufer trotz gegebenem Credit zurückbehalten wird, ohne daß etwas über die Natur des Verhältnisses des Käufers zur Sache ausgemacht wird, so wie den Namen „pactum reservati dominii“ kennen die Römischen Quellen allerdings nicht. Daraus ist nicht zu folgern, daß ein solches Rechtsverhältniß, wie eine locatio conductio, ein precarium, u. s. w. ausgemacht werden müßte, damit der Eigenthumsvorbehalt trotz dem Creditvertrage Bestand habe.

Müller, im Archiv für civilist. Praxis, l. c. pag. 50.

Auf der andern Seite bedarf es aber einer besondern Abmachung, nach der Ansicht einiger Schriftsteller, nicht, um das Rechtsverhältniß des precarium zu begründen,

Paulus, sent. receptae. V. tit. 6. § 11.
Schilling, l. c., § 328, pag. 613 und 616.

sondern es genügt, wenn der Gebrauch der Sache durch den Käufer von Seiten des Verkäufers geduldet wird.

Savigny, Recht des Besitzes, 6te Aufl., Gießen, 1837, § 42. pag. 557.

Daß aber das Verhältniß des Käufers zur verkauften und übergebenen Sache unter den Voraussetzungen des vorbehaltenen

Eigenthums und gegebenen Credits, als precarium anzusehn ist, wenn nichts Besonderes abgemacht worden, läßt sich auch nicht behaupten; vielmehr wird, die practische Anwendbarkeit jener Stelle des Paulus auch vorausgesetzt, immer ein factum hinzukommen müsse, aus welchem die Duldung des Gebrauchs geschlossen werden kann, wenn jener Gebrauch nicht als rechtwidrig betrachtet werden soll.

II. Rechtliche Verhältnisse aus dem Kaufcontract und der Tradition mit beigefügtem Eigenthumsvorbehalte.

§ 16. Allgemeine Bemerkungen.

Unter dem Namen „pactum reservati dominii“, „Eigenthumsvorbehalt“, kommt in der Praxis des gemeinen Rechts ein Vertrag vor, über dessen Zulässigkeit alle Schriftsteller einig sind, während über die Bedeutung desselben die größte Meinungsverschiedenheit herrscht.

Duncker, l. c., § 1.
Leonhardt, l. c., § 1.
Müller, Archiv für civilist. Praxis, l. c., § 1.

In welchen Verhältnissen der practische Grund der Entstehung dieses Vertrages zu suchen sei, ist sehr zweifelhaft. So viel Licht durch eine Beantwortung dieser Frage auf die Sache selbst geworfen werden würde, fordert sie doch ein so tiefes Eingehn auf die locale Geschichte der Praxis, daß die meisten Schriftsteller darauf verzichten mußten. Leonhardt, l. c. §§, 1, 4, 11, 13, 18, sieht jene Entstehung bedingt durch practische Lebensbedürfnisse; und es hat viel für sich, wenn er das Eindringen des Römischen Rechts mit seinen gesetzlichen und privilegirten Pfandrechten als die Veranlassung zu einem durch die Wissenschaft anerkannten und ausgebildeten Gewohnheitsrechte angiebt. Denn wenngleich der wesentliche Gehalt des Vertrages den Römern nicht unbekannt war, so ist er doch in dem gegenwärtigen Namen, der selbstständigen Stellung, häufigen Anwendung und in den wichtigsten Consequenzen erst durch Wissenschaft und Praxis ausgebildet worden. Es ist allerdings sehr schwer zu sagen, warum die Römer das Bedürfniß nicht kannten, welches bei uns jene Folgen hatte; indeß wirft einiges Licht auf die Sache der heutige Concursproceß,

indem die große Ungewißheit des Ausganges eines solchen es von Interesse für einen Veräußerer erscheinen läßt, ohne das Eigenthum der veräußerten Sache zu verlieren, doch eventuell sein connexes Forderungsrecht geltend machen zu können.

Ueber den allgemeinen Zweck des pactum, sofern es einem Kaufgeschäft hinzugefügt worden, sind alle Schriftsteller darin einig, daß es die Sicherheit des Verkäufers vor unentgeltlichem Verlust der verkauften Sache intendire. Wo es sich aber darum handelt, diesen Zweck so zu präcisiren, daß daraus mit logischer Nothwendigkeit auf die Natur und die Wirkungen geschlossen werden kann, zeigt sich sofort die größte Verschiedenheit unter ihnen.

§ 17. Das pactum r. d. nur der Tradition hinzugefügt.

Wie wir oben gesehen haben, ist es für die Perfection des Kaufcontracts und ihre Wirkungen ganz gleichgiltig, wann geleistet wird, also auch, wann das Eigenthum auf den Käufer übertragen wird. Dies wird vielmehr bestimmt durch den selbstständig zu denkenden dinglichen Vertrag der Tradition.

Ein Vertrag zwischen Käufer und Verkäufer, der sich auf die Frage bezieht, bei wem von beiden Contrahenten das Eigenthum der verkauften Sache sein solle, verstößt so lange nicht gegen den Kaufcontract, als er an der Verpflichtung des Verkäufers, das Eigenthum der Sache dann zu übertragen, wenn der Käufer seinen Verpflichtungen genügt hat, nichts ändert. Wenn nun eine solche Auslegung möglich ist, die dem Kaufcontract nicht zuwider ist, muß sie angenommen werden, da man so lange annehmen muß, daß die Contrahenten nicht widersprechende Verträge eingehen wollen, bis das Gegentheil bewiesen ist.

Ist aber das pactum r. d. nicht dem Kaufcontract beigefügt, dann nimmt es bei diesem auch keine besondere Natur an, wie Müller, Archiv für civilist. Praxis, Bd. 12, pag. 248 und 251, will; dann kann es jeder andern Tradition, welche

dieselben thatsächlichen Voraussetzungen hat, wie wenn sie in Folge Kaufcontracts geschieht, ebenso beigefügt werden.

§ 18. Wortbedeutung des pactum r. d.

Um diese festzustellen, brauchen unsere Schriftsteller sehr verschiedene Ausdrücke. Geyso, l. c. § 1., setzt als bekannt voraus, daß im pactum r. d. der Veräußerer sich das Eigenthum bis zum Eintritte eines gewissen Ereignisses vorbehalte; Duncker, l. c., § 8., setzt gleichfalls darin die Verabredung voraus, daß das Eigenthum der verkauften Sache auf den Käufer nicht eher übergehen solle, als bis er den Preis gezahlt habe und fügt hinzu, man sollte in der That nicht glauben, daß über die Absicht der Contrahenten ein Zweifel entstehen könne (vergl. auch Gensler, Archiv für civilist. Praxis l. c.). Müller in seinen civilist. Abhandlungen, l. c. § 2., macht schon darauf aufmerksam, daß hierin eine petitio principii liege, da sich auch der Vorbehalt auf einen gewissen Fall denken lasse. Allein er macht sich sofort desselben Fehlers schuldig, wenn er die suspensive Bedeutung des Ausdrucks „Vorbehalt" voraussetzend, doch noch die Möglichkeit annimmt, daß der Richter über die Absicht der Partheien in Zweifel sein könne. Leonhardt, l. c., § 6., von der Anschauung der Praxis ausgehend, beruft sich darauf, daß es fast in allen Kaufcontracten heiße, der Verkäufer lasse das Kaufgeld, meistentheils den Rest desselben, auf dem Grundstücke sub pacto reservati dominii, sub reservatione dominii, unter Vorbehalt des Eigenthums, stehen und fügt hinzu, daß man von derjenigen Formulirung des pactum ausgehen müsse, welche gewöhnlich stattfindet. Auch er macht sich eines ähnlichen Fehlers schuldig, wie Müller, wenn er nicht diejenige Wortbedeutung seiner Interpretation zu Grunde legt, welche er selbst als die gewöhnlichere und regelmäßigere anerkennt, sondern eine solche, die er als vereinzelte Ausnahme hinstellt.

In dem Ausdruck „behalten" liegt gar keine Zweideutig-

keit; dieser Ausdruck schließt jedenfalls die Bedeutung der Zurückerlangung einer hingegebenen Sache aus. Der Zusatz „vor", wenn er nicht, wie die Lateinische Sylbe „re" bloß zur Verstärkung dient, modificirt die Bedeutung des Wortes „behalten" höchstens insofern, als er dem ganzen Worte „vorbehalten" die Färbung verleiht, daß von einem hingegebenen Ganzen ein Theil zurückbehalten werde. Für die richtige Bedeutung des Lateinischen Ausdruckes „reservare" im juristischen Sinne können wohl am meisten die Quellen des Römischen Rechts selbst angeführt werden, und diese brauchen den Ausdruck immer als synonymon von „separare", „retinere", „conservare", in der Regel in der Bedeutung „in integrum sibi servare".

Dirksen, Manuale Latinitatis fontium juris civilis Romanorum. Berolini, 1837. s. v. reservare,
Brissonius, de verborum significatione, s. v. reservare.

In der cst. 14. de donat. int. vir. et ux. V. 16., kommt der Ausdruck „dominium reservare" vor und bedeutet dort „ein bereits zuständiges Eigenthum erhalten". Eine andere Bedeutung ist auch in der von Leonhardt angeführten Stelle bei Gajus, Inst., I., § 140, nicht zu finden; denn unterstellt man in dieser Stelle, die folgendermaßen lautet, „nam quodammodo tunc pater potestatem propriam reservare sibi videtur eo ipso, quod mancipio recipit" dem Worte „reservare" die von Leonhardt behauptete Bedeutung „zurücknehmen", „wiedererlangen", so würde Gajus sagen: „zuweilen scheint der Vater die väterliche Gewalt wiederzuerlangen, indem er den Sohn, (den er unter der Bedingung als mancipium hingegeben, daß er ihm zurückmancipirt werde) wiedererlangt." Dies wäre aber eine offenbare Tautologie, eine nichtssagende Trivialität! Vielmehr erhält der Satz erst dann Bedeutung, wenn man dem Worte „reservare" die gewöhnliche Bedeutung, die Bedeutung „erhalten", „nicht aufgeben", unterstellt. Alsdann wäre der Gedanke des Gajus der: „wenn der Vater den Sohn unter der Bedingung als mancipium hingab, daß er ihm zurückmancipirt werde und in

Folge dessen als mancipium ihn zurücknimmt, so ist das so gut, als ob er die väterliche Gewalt gar nicht aufgiebt."

Demnach kann bis zum Beweise des Gegentheils, bis zum Beweise dessen, daß die Annahme des gewöhnlichen Sprachgebrauchs keinen sachgemäßen Sinn giebt, der Betrachtung des pactum r. d. keine andere Wortbedeutung zu Grunde gelegt werden, als die eines Vertrages darüber, daß das Eigenthum von demjenigen „behalten" werden solle, der es bisher hatte, also von dem Verkäufer.

§ 19. Quellen der Erkenntniß der Natur und Wirkungen des pactum r. d.

Da nun die gemeinrechtlichen Quellen, wie wir gesehen haben, keine Disposition über unser pactum enthalten, wenngleich das fr. 16. de per. et comm. rei vend. XVIII. 6., einen solchen Vertrag vorauszusetzen scheint, so fragt sich, aus welchen Quellen die Bestimmung der Natur und Wirkungen des Vertrages zu entnehmen sei. So viel ist gewiß, daß die allgemeinen Grundsätze über den Kaufcontract, die Tradition u. s. w. so weit maaßgebend sind, als sie die Gränzen der in dem Vertrage ausgedrückten Privatwillkühr entweder im Allgemeinen bestimmen oder angeben, welche Wirkung dieselbe unter gegebenen Voraussetzungen haben solle. Eine Regel der ersten Art ist, daß keiner der Contrahenten, außer in den gesetzlich bestimmten Fällen, vom Vertrage zurücktreten darf; eine Regel der zweiten Art, daß kein Kaufcontract vorliegt, wenn ausgemacht worden, daß das Eigenthum der Sache niemals auf den Käufer übergehen solle.

fr. 80. § 3. de contr. emt. XVIII. 1.

Was nun aber innerhalb dieser Gränzen als Privatwillkühr angesehn werden könne, woraus dieser Privatwille erkannt werde, das ist die Frage. Das kann aber nur dann die Frage sein, wenn die von den Partheien gebrauchten Ausdrücke entweder ungenügend oder vieldeutig sind. Daß sie Eines oder

das Andere sind, wird von fast allen Schriftstellern angenommen; daß sie weder vieldeutig, noch ungenügend sind, wenn der Ausdruck „pactum reservati dominii“ oder „Eigenthumsvorbehalt“ gebraucht worden, wird sich in der Folge zeigen. Die meisten Schriftsteller leiten die von ihnen vorgetragenen Grundsätze entweder aus dem muthmaaßlichen Zweck des Vertrages oder aus der Praxis her oder aus beiden zugleich, indem sie hierbei bestimmte Auslegungsregeln im Auge haben. Abgesehen davon, daß diese Auslegungsregeln erst dann zur Sprache kommen können, wenn der Wortsinn kein zweckmäßiges Resultat giebt, setzen sie fast immer das als bewiesen voraus, was erst bewiesen werden soll. So z. B. setzt die Regel „id, quod actum est, plus valet quam quod dictum est“,

Müller, civilist. Abhandlungen, l. c. § 2., Leonhardt, l. c. § 6., Hofmann, l. c. § 7., fr. 6. § 1., de contr. emt., XVIII. 1., fr. 219. de V. S., L. 16., fr. 67. de R. J., L. 17.

als bekannt voraus, daß das, „quod actum est“, außerhalb dessen, „quod dictum est“, erkennbar sei und von letzterem differire. Die Regel „daß der Wille mehr als die Worte in Betracht komme“ hat ähnliche Voraussetzungen; die Anwendung der Regel „quotiens idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum excipiatur, quae rei gerendae aptior est“ setzt voraus, daß die „aptior sententia“ bekannt sei. Ganz willkührlich erscheint letztere Regel bei Hofmann, l. c. § 1., in der Form, daß im Zweifel „gegen den Verkäufer“ nur diejenige Absicht unterstellt werden solle, welche am wenigsten sich von der Natur des Hauptgeschäftes entferne.

Was den Zweck des Vertrages anbetrifft, so läßt sich allerdings sehr wohl denken, daß aus demselben auf Wirkungen geschlossen werde, deren die Contrahenten nicht Erwähnung gethan haben. Wenn aber, wie hier, die allgemeine und nothwendige Natur des Vertrages bestimmt werden soll, die dann zur Wirksamkeit gelangt, wenn über die Bedeutung im einzelnen Fall Zweifel erhoben werden, so kann als Grundlage nur das

angesehn werden, was allen Verträgen der Art gemein ist und das sind die Worte „pactum reservati dominii, reservatio dominii, Eigenthumsvorbehalt“. Sobald die Bestimmung des Zweckes über das hinausgeht, was mit Nothwendigkeit aus jenen Voraussetzungen folgt, sind Differenzen über den Zweck selbst unausbleiblich, wie die Vergleichung der verschiedenen Darstellungen des Zweckes bei unsern Schriftstellern lehrt. Der Zweck wird dann in der That nicht aus der Natur der Sache, sondern aus der Erfahrung gefolgert.

Die Praxis aber, wäre sie sich überall gleich geblieben, könnte allerdings maaßgebend sein; allein sie ist eben so bunt, wie die Theorie; nur das Eine scheint sich stets gleich zu bleiben, daß der Verkäufer sich durch jenes pactum gegen den unentgeltlichen Verlust der Sache sichern will, während darüber schon Verschiedenheit herrscht, ob die Sache zu seiner Befriedigung wegen des Preises verwendet werden, oder bei ausbleibender Befriedigung ihm verbleiben solle. Und noch weniger gewiß ist in der Praxis, ob die Sache in letzterem Fall dem Verkäufer verbleiben solle, bis er befriedigt wird oder für immer, ob also der Kaufcontract auf Grundlage jenes Vertrages aufgelöst werde oder nicht.

Unter diesen Umständen ist es gewiß das Richtigste, so lange es nicht unumgänglich nothwendig wird, von dem Wortsinn nicht abzuweichen; eine Ansicht, die auch von Vangerow, l. c. Bd. 1. pag. 500, von Mühlenbruch, in der Halleschen allgemeinen Literaturzeitung, l. c., Geyso, l. c., und Anderen vertreten wird. Eine solche Auslegung ist keineswegs hartnäckiges Hangen am Buchstaben, sondern die ganz natürliche Folge der Voraussetzung, daß die Partheien das zweckmäßigste Mittel gewählt haben, ihre Absicht zu erkennen zu geben, welche Voraussetzung so lange gelten muß, bis das Gegentheil bewiesen worden ist.

§ 20. Das pactum r. d. kann der Tradition hinzugefügt werden, ohne an dem periculum etwas zu ändern.

Daß der Tradition jede beliebige Bedingung oder sonstige Verabredung hinzugefügt werden kann, ist an und für sich nicht zweifelhaft, weil ihre Wirkung eben auf einem Vertrage beruht und wird auch noch durch das bekannte fr. 38. § 1. de acq. vel am. poss. XLI. 2, . . . „hoc amplius existimandum est, possessionem sub conditione tradi posse, sicut res sub conditione traduntur, neque aliter accipientis fiunt, quam conditio exstiterit“ ausdrücklich bestätigt. Aber auch, daß die Tradition in Folge Kaufcontracts mit voller Wirkung unter einer Bedingung geschehen kann und daß, wenn diese an dem Begriff des perficirten Kaufcontracts nichts ändert, letzterer unbedingt und das periculum bei dem Käufer bleibt, versteht sich nach den obigen Ausführungen ganz von selbst. Hierbei ist es aber ganz gleichgiltig, ob der Kaufpreis creditirt worden oder nicht, nur daß in letzterem Falle die Bedingtheit der Tradition sich von selbst versteht, bis das Gegentheil ausgemacht worden. Im Wesentlichen stimmen hiermit Duncker, Geyso, Leonhardt, Schilling, Vangerow, ll. cc., überein. Eine abweichende Ansicht äußert der Verfasser des Aufsatzes in der jurist. Zeitschrift für Hannover, No. 10, d. 15 Mai 1831, pag. 148—149, (Duncker, l. c. pag. 75) indem er sagt, das Geschäft nehme die Natur eines bedingten an, wenn bei der Tradition der Uebergang des Eigenthums, welchen die Creditirung des Kaufpreises mit sich führen würde, durch eine Suspensiv-Bedingung gehemmt werde. Ein Kauf sei ein bedingter, wenn die Erfüllung desselben von einer Bedingung abhängig gemacht sei; ob der Contract gleich Anfangs bedingt geschlossen oder erst nachher in einen bedingten umgeändert sei, darauf könne offenbar nichts ankommen.

Die Anwendung dieser Sätze auf unsern Fall beruht offenbar auf einer unrichtigen Voraussetzung. Allerdings ist der

Kauf bedingt, wenn es von einer ungewissen künftigen Thatsache abhängig gemacht wird, ob er überhaupt erfüllt werden solle. Wenn aber der Verkäufer erklärt, gegenwärtige Tradition solle ihre Wirkung nicht eher äußern, als bis der Käufer seinerseits erfülle, obgleich er dessen Leistung nicht sogleich erwarte, so ist es gar nicht in Frage gestellt, ob die Erfüllung eintreten werde.

Auf ähnlichen unrichtigen Voraussetzungen beruht auch die fernere Argumentation desselben Verfassers (Duncker, l. c. pag. 83). Er behauptet „es sei unmöglich, daß der Verkäufer nach der Tradition Eigenthümer bleibe, wenn er creditirt habe; das Eigenthum gehe nicht über ohne Tradition; eine reservatio dominii sei vorher also nicht nöthig; eine Tradition geschehe aber nicht ohne Absicht, das Eigenthum zu übertragen, die Fälle des sogenannten abgeleiteten Besitzes abgerechnet; denn der Besitz setze einen animus domini voraus. Das Aufgeben des Besitzes enthalte Aufgeben des animus domini oder den Willensact, vermöge dessen man eine Sache nicht mehr haben wolle; geschehe das Aufgeben absolut, ohne Rücksicht auf einen Dritten, so sei es Dereliction; es sei Tradition, wenn man zugleich wolle, daß ein Dritter den Besitz ergreife, folglich den animus domini habe, Eigenthümer werde. Hieraus folge also, daß bei unserer Tradition cum pacto reservati dominii entweder ein neuer Fall des sogenannten abgeleiteten Besitzes angenommen werden müßte, d. h. ein neuer Fall, wo Jemand juristischen Besitz hätte ohne animus domini, und daran sei wohl nicht zu denken, oder daß man dem Käufer vollen Besitz und dann auch zugleich Eigenthum zusprechen müsse".

Diese Argumentation verurtheilt sich selbst, indem sie auf den Fall beschränkt wird, daß creditirt worden, während doch die Erklärung, den Kaufpreis nicht sofort fordern zu wollen, an sich nichts über den animus domini und die Absicht, denselben aufzugeben, enthält. Die Wirkung des Eigenthumsüberganges in Folge des Creditvertrages kann nur so aufgefaßt werden, daß dabei der Wille des Verkäufers, Eigenthum sofort zu über-

tragen, vorausgesetzt wird, da ohne diesen Willen die Uebergabe etwas rein Factisches wäre und der Verkäufer eben so gut Eigenthümer bliebe, als es überhaupt möglich ist, den animus domini und das Eigenthum ohne die Detention zu haben. Wird nun jener gesetzlichen Präsumtion ausdrücklich widersprochen, so geht das Eigenthum ebenso wenig über, als es geschah, bevor creditirt worden. Für diesen letztern Fall hätte jener Schriftsteller consequenter Weise ebenso die Unmöglichkeit der Tradition ohne Eigenthumsübergang aussprechen müssen.

§ 21. Das pactum r. d. enthält keine Bedingung.

Fast alle Schriftsteller nehmen an, daß das pactum r. d. eine Bedingung enthalte, was sich großentheils aus der vorausgesetzten Formulirung des pactum erklärt, z. B. bei Gensler und Duncker; andere z. B. Leonhardt, setzen zwar eine Formulirung voraus, welche keine Bedingung enthält; allein sie glauben, um eine zweckmäßige Deutung herbeiführen zu können, die Absicht einer Bedingung hinzudenken zu müssen. Hält man indeß die vorausgesetzte Wortbedeutung und die Nothwendigkeit der Annahme fest, daß das pactum sich lediglich auf die Uebergabe beziehe, so ergiebt sich, daß es keine Bedingung enthält. Es sagt lediglich aus, daß in Folge dieser Uebergabe das Eigenthum nicht bei dem Käufer sein solle, oder mit andern Worten, daß aus dem Creditvertrage nicht die Absicht gefolgert werden solle, durch die Tradition das Eigenthum zu übertragen. Es suspendirt mithin zwar den Eigenthumsübergang, aber es giebt keineswegs die Thatsache an, bei deren Eintreten das Eigenthnm übergehen soll und enthält insofern auch keine Suspensiv-Bedingung. Wäre nun nicht anderweitig bestimmt, wann das Eigenthum übergehen solle, so würde der Uebergang vor einer weitern Willensäußerung des Verkäufers gar nicht stattfinden. In dem Kaufcontracte aber ist sein Wille für den Fall, daß das pretium geleistet wird, schon gebunden; länger kann er den Eigenthumsübergang nicht mehr suspendiren. Das pactum r. d. hält also die schon bestehende Suspen-

siv=Bedingung aufrecht. Geyso, l. c., pag. 173, erklärt gleichfalls das pactum r. d. für unbedingt; so erscheint es bei ihm jedoch nur in der Form, wenn es heißt, gegen Entrichtung des Kaufgeldes solle das Eigenthum übergehen, was sich bei ihm selbst, pag. 162, in den bedingten Satz auflöst, „daß das Eigenthum bis zu einem gewissen Ereignisse nicht übergehen solle.“

§ 22. Verschiedene Ansichten über die Bedeutung des pactum r. d.

Worin nun das Wesen und der nächste Zweck des pactum r. d. und worin insbesondere das Mittel bestände, jenen allgemeinen Zweck, Sicherheit des Verkäufers vor unentgeltlichem Verlust seiner Sache, zu erreichen, darüber finden sich bei den Schriftstellern die verschiedensten Ansichten. Duncker, l. c. § 2. ff., führt letztere auf und widerlegt die meisten. Einige können wir, als ganz abgethan übergehn; so die durch Hert, in dessen opusculis, Franc. ad M. 1737., vol. 2. tit. 3. pag. 94—101, repräsentirte Ansicht, daß der Verkäufer in Folge des pactum r. d. Eigenthümer bleibe, sein Eigenthum aber nur ein subsidiarisches sei, während das ordentliche Eigenthum auf den Käufer übergehe; ebenso die Ansicht, daß durch das pactum r. d. ein Pachtvertrag über die verkaufte Sache zwischen dem Verkäufer als Verpächter und dem Käufer als Pächter begründet werde. Nicht minder unersprießlich ist die Ansicht von Glück, Pandecten=Commentar, Bd. 16, pag. 229 ff., wonach die Absicht der Partheien darüber entscheiden soll, ob in dem pactum r. d. eine Suspensiv= oder eine Resolutiv=Bedingung vorliege; denn die Absicht der Partheien im Zweifel zu bestimmen, darum handelt es sich.

§ 23. Das pactum r. d. kein pactum hypothecae.

Gegen die Ansicht, daß durch das pactum r. d. eine Hypothek des Verkäufers an der verkauften Sache begründet werde,

bemerkt Leonhardt sehr richtig, daß sie schon beseitigt sei, wenn es gelinge, eine wortgemäßere Auslegung des pactum r. d. als zweckentsprechend nachzuweisen. Auch findet hier die von Leonhardt mit vieler Wahrscheinlichkeit aufgestellte Behauptung Anwendung, daß das pactum r. d. gerade im Gegensatz zu den stillschweigenden und privilegirten Pfandrechten des Römischen Rechts in Gebrauch gekommen sei. Dennoch enthält eben auch diese Ansicht, wie wir später sehen werden, ein Moment der Wahrheit, welches darin liegt, daß das pactum r. d. dem Verkäufer die Möglichkeit gewährt, die verkaufte Sache als Mittel zu seiner Befriedigung zu gebrauchen.

§ 24. Uebrigbleibende Auffassungsweisen.

Hiernach bleiben nur noch zwei Hauptansichten übrig, wonach das pactum r. d. entweder den Uebergang des Eigenthums an der verkauften Sache bis zur Zahlung des Kaufpreises suspendirt, oder eine Resolutiv-Bedingung des Inhalts enthält, daß das auf den Käufer in Folge des Creditvertrages übergegangene Eigenthum in einem gewissen Falle zu dem Verkäufer zurückkehren solle; in welchem Falle, darüber sind die Ansichten wieder verschieden; nach Einigen, z. B. Schweppe, Röm. Privatrecht, § 266. a., 4te Aufl., schon, sobald der Käufer nicht rechtzeitig zahlt, nach Andern, z. B. Müller, Archiv für civilist. Praxis, l. c., bei eintretender Insolvenz des Käufers. Auch darüber differiren die Ansichten, ob nach Eintritt der Resolutiv-Bedingung das Eigenthum ipso jure zurückfalle, wie Müller, l. c., behauptet, oder ob, wie Hofmann, l. c., annimmt, der Käufer nur zur Rückübertragung verpflichtet werde.

§ 25. Wahre Zweifelhaftigkeit vorausgesetzt.

Die Frage, ob eine Suspensiv- oder eine Resolutiv-Bedingung in dem pactum r. d. vorliege, kann nur dann erhoben werden, wenn die Partheien weder eine übereinstimmende Auffassung

hegen, noch zu Erfüllungshandlungen vorgeschritten sind, welche nur aus der einen oder andern Auffassung hervorgehen konnten, und auch nicht Ausdrücke gebraucht haben, die jeden Zweifel ausschließen. Leonhardt, l. c., führt mehrfach als Grund gegen die Annahme einer Suspensiv-Bedingung an, daß die Partheien in der Praxis sich so geriren, wie wenn sie ein resolutives pactum r. d. abgeschlossen hätten, indem z. B. der Käufer im Beisein des Verkäufers ohne alle Bedingung Hypotheken auf die sub pacto r. d. ihm übergebene Sache legt. In solch' einem Falle kann weder von einem Zweifel über die Auslegung, noch von einer Präsumtion geredet werden, während für einen wirklich zweifelhaften Fall daraus gar keine Norm abgeleitet werden darf.

§ 26. Möglichkeit einer Suspensiv-Bedingung.

Im Folgenden wird mit „pactum r. d. im suspensiven Sinne" oder „Eigenthumsvorbehalt als Suspensiv-Bedingung" sowohl die Festsetzung einer Suspensiv-Bedingung durch das pactum r. d., als die Aufrechterhaltung der schon bestehenden Suspensiv-Bedingung der Tradition bezeichnet werden, weil beide in den practischen Folgerungen übereinkommen. Eine Unterscheidung dieser Auffassungsweisen wird dort geltend gemacht werden, wo es besonders erforderlich ist.

Die Möglichkeit einer Suspensiv-Bedingung trotz der Creditgebung ergiebt sich aus dem Obigen schon von selbst; auch ist der Widerspruch Ebhardts, l. c., und der juristischen Zeitschrift für Hannover, Jahrg. 1831., l. c., bereits beseitigt. Diese Möglichkeit wird nun auch von der Mehrzahl selbst der Schriftsteller zugegeben, welche der Ansicht sind, daß für die Resolutiv-Bedingung präsumirt werden müsse. Allein gerade die wichtigsten und scheinbarsten Gründe gehen über dies Ziel hinaus und würden, ihre Triftigkeit vorausgesetzt, die Unmöglichkeit eines suspensiven pactum r. d. darthun. Insbesondere sucht Müller, im Archiv für civilist. Praxis, l. c. §§ 2 u. 3, und

in seinen civilist. Abhandlungen, l. c., § 4., zu beweisen, daß der Vorbehalt des Eigenthums und die Creditgebung mit einander in Widerspruch ständen. „Gehn wir auf den Begriff von Creditgebung zurück", sagt er an dem erstgedachten Orte, „so heißt dies wohl nur so viel, als in eine Person das Vertrauen setzen, daß sie uns künftig das bezahlen werde, was sie uns schuldet und ihr deshalb Zeit zur schuldigen Zahlung belassen. Der Käufer ist nun aber, nach der Natur des Kaufcontracts, nur dann etwas zu zahlen schuldig, wenn wir ihm eine Sache tradirt haben, so daß er dieselbe behalten kann; denn durch den Kaufcontract an sich verspricht der Verkäufer gegen ein bestimmtes Kaufpretium so zu tradiren, daß der Käufer die Sache behalten könne; der Käufer aber von seiner Seite gegen eine solche Uebergabe das Kaufpretium zu bezahlen. Nur gegen Leistung des Verkäufers ist der Käufer zur Gegenleistung verpflichtet; der Verkäufer creditirt also nur, wenn er mit voller Wirkung leistet und nicht gleichbaldige Gegenleistung fordert. Ein Vertrag, vermöge dessen nun Jemand verspricht, eine Sache so zu übertragen, daß der Empfänger sie behalten und möglicher Weise Eigenthümer werden könne und die Hinzufügung eines Nebenvertrages, nach welchem man ausbedingt, daß der Käufer die übergebene Sache nur erst dann solle behalten können, wenn er das Kaufpretium bezahlt habe, heißt demnach das Versprechen auf der einen Seite geben, auf der andern Seite aber wieder zurücknehmen, oder in unserm Fall Credit geben und doch nicht creditiren."

Gegen diese Argumentation bemerke man: Die Voraussetzung, daß man gegen die Person, der man eine schuldige Leistung stundet, das Vertrauen hege, daß sie uns künftig bezahleu werde, ist keine nothwendige; sie giebt vielleicht den Grund her, warum das Gesetz an den Creditvertrag die Folge des Eigenthumsüberganges knüpft, indem es annimmt, daß der Verkäufer in jenem Vertrauen auf die Sicherheit (quasi pignus retinere) verzichtet, welche in dem Eigenthum für ihn liegt (alienam fidem sequi, fr. 1. de R. C. XII. 1); allein jede mögliche Form der Si=

cherstellung wegen einer creditirten Leistung, z. B. die Bestellung von Pfändern, Bürgen beweist, daß jene Voraussetzung keine nothwendige ist. Wenn der Verkäufer dem Käufer die Sache so tradirt, daß der Eigenthumserwerb lediglich von seinem Willen, das Geschuldete zu leisten, abhängig bleibt, so übergiebt er ihm in der That die Sache so, daß er sie behalten kann. Die Behauptung, daß der Verkäufer erst dann das pretium fordern könne, wenn er das Eigenthum auf den Käufer übertragen, und nicht vielmehr schon dann, wenn er die Sache tradirt, widerspricht den klarsten Gesetzen.

fr. 13. § 8. de actt. emt. et vend. XIX. 1.

Kann nun der Verkäufer das pretium fordern, bevor das Eigenthum auf den Käufer übergegangen, und erklärt, es dennoch nicht sofort fordern zu wollen, so creditirt er eben und dies noch vor dem Eigenthumsübergang. Daher ist es ganz unrichtig, wenn Müller den Creditvertrag als einen Vertrag erklärt, das Eigenthum ohne sofortige Zahlung auf den Käufer zu übertragen, wie denn die Gesetze stets den Begriff des Creditirens von dem Eigenthumsübergange trennen und letzteren nur als äußere, positive Folge des erstern eintreten lassen.

§ 41. J. de R. D. II. 1.
fr. 19. fr. 53. de contr. emt. XVIII. 1.

In seinen civilist. Abhandlungen, §§ 3 und 4, 12 und 13, sucht Müller seine obige Ansicht gegen Geysos und Dunckers Einwendungen besonders durch den Nachweis zu rechtfertigen, daß dem Käufer gar kein Vortheil aus dem Creditvertrage erwachse, wenn der Eigenthumsübergang nicht stattfinde. Allein dieser Nachweis ist wohl ganz mißlungen, denn, abgesehen auch von der Verzinsung des Kaufpreises, die wenn letzterer creditirt worden, nur eine Folge ausdrücklicher Abmachung sein kann, übersieht Müller gänzlich den wesentlichen und aus der Natur der Sache folgenden Vortheil, daß erst die Creditirung einen redlichen Käufer, der das pretium nicht sogleich zahlen kann, in den Stand setzt, den Kauf überhaupt abzuschließen oder auf dem schon abgeschlossenen Kauf zu bestehen, und, daß die De-

tention ihm die Retention und damit volle Sicherheit für die Leistung von Seiten des Verkäufers gewährt, während er noch gar nicht geleistet hat.

Gegen Müllers Darstellung haben sich besonders Duncker, l. c., § 8, Geyso, l. c., pag. 163 ff., Mühlenbruch, in der H. A. L. Z. l. c., Leonhardt, l. c., § 7, Vangerow, l. c., Bd. 1, pag. 501, ausgesprochen.

Ebenso gehen die Einwendungen Hofmanns, l. c., § 3 ff., in ihrem Wesen gegen die Möglichkeit einer Suspensiv-Bedingung. Er geht davon aus, daß vom Begriff des Kaufvertrages die Absicht untrennbar sei, auf Seiten des Käufers die volle Dispositionsbefugniß über die Sache zu erwerben und auf Seiten des Verkäufers ihm dieselbe zuzuwenden. Nach fr. 8. § 3. de contr. emt. XVIII. 1, sei ein Rechtsgeschäft, wo jene Absicht wegfiele, kein Kauf Diese Stelle spreche allgemein und sei nicht bloß auf den Fall zu beschränken, wo bedungen wird, das Eigenthum solle niemals auf den Käufer übergehn. Nach fr. 11. § 2. de actt. emt. et vend. XIX. 1, müsse der Verkäufer die Sache so übergeben, daß der Käufer sie behalten darf; dem widerspreche es, wenn jener gleich-wohl den Inbegriff aller Rechte daran zurückbehalte. Die letztere Stelle leite es unmittelbar aus der Natur des Kaufgeschäftes ab, daß der Verkäufer, wenn er zugleich Eigenthümer sei, mittelst der Uebergabe der Sache an den Käufer diesem deren Eigenthum übertrage; zwar gebe es eine bedingte Uebergabe nach Römischem Recht und diese äußere ihre rechtliche Wirkung nicht eher, als bis die Bedingung eingetreten sei. fr. 38. § 1. de acq. vel amitt. poss. XLI. 2. Werde nicht auf Borg, sondern auf Baarzahlung gehandelt, so habe der Verkäufer, an welchem es bekanntlich sei, mit der Erfüllung den Anfang zu machen, die Absicht zu tradiren nur unter der Voraussetzung, daß das Kaufgeld sogleich bezahlt werde; geschehe dieses nicht, so habe er den corpore abgetretenen, körperlichen Besitz in allen daraus entspringenden Rechten animo domini behalten. Eine solche blos körperliche Tradition sei aber juristisch gar keine, am wenigsten eine

solche, worauf es bei dem Kaufen und Verkaufen abgesehen ist. Die suspensiv-bedingte Uebergabe sei dem Wesen des Kaufes so sehr zuwider, daß sie, auch wenn der Kauf selbst unbedingt abgeschlossen war, diesen, wenn nicht aufhebe, doch in ein aliud genus contractus verwandle. Die Römischen Gesetze kännten zwar die den Uebergang des Eigenthums aufschiebende Bedingung, aber niemals neben einer eigentlichen Tradition. Wenn der Verkäufer, ohne das Kaufgeld zu creditiren, die Sache in den Besitz des Käufers übergehen lasse, so liege es in der Natur des Geschäftes, daß dieser sogleich bezahle; die Tradition selbst also geschehe nur in der Voraussetzung, daß dies unmittelbar geschehen werde, und geschehe es nun doch nicht, so fehle es an der Absicht zu tradiren, so komme der Käufer gar nicht in den juristischen Besitz des Kaufgegenstandes. Gerade die Tradition, welche bei'm Verborgen des Kaufgeldes stattfinde, beim Handel auf Baarzahlung nie, sei für den Uebergang des Eigenthums entscheidend und nur, weil sie im letzteren Falle nicht stattfinde, könne in solchem auch das Eigenthum nicht übergehen oder wo es, nach ausdrücklicher Verabredung der Partheien, doch geschehen solle, sei ihr Geschäft kein Kauf, sondern aliud genus contractus. Das Kaufgeschäft auf Credit unter Eigenthumsvorbehalt sei hiernach also aus folgenden wesentlichen Bestandtheilen zusammengesetzt:

1) Verabredung über die Sache, deren vollständige Ueberlassung an den Käufer und eine in baarem Gelde bestimmte Gegenleistung;

2) Erklärung des Verkäufers, daß er, statt baarer Zahlung, sich mit des Käufers Versprechen begnüge, daß also pro solutione satisfactio eingetreten sei;

3) der Verabredung, daß, wenn dies Versprechen unerfüllt bliebe, res inemta sein solle.

Die unrichtigen Voraussetzungen und Widersprüche in dieser Argumentation sind nicht schwer zu finden. Hofmann selbst geht davon aus, daß die Wirksamkeit der Tradition von

dem Willen des Tradenten abhänge, und daß bei dem Handel auf Baarzahlung eine bedingte Tradition stattfinde. Wenn er nun die Hinzufügung einer Suspensiv-Bedingung bei der Tradition in Folge Kaufgeschäfts insofern für unstatthaft erklärt, als dadurch der Kauf als solcher aufhöre und in ein anderes Geschäft verwandelt werde, so müßte er consequenter Weise die Tradition, auch in Folge eines Kaufgeschäftes auf Baarzahlung, nicht anders als mit der Wirkung Eigenthum zu übertragen, zulassen, bis wenigstens das Gegentheil ausdrücklich ausgemacht würde. Hierin würde er aber nicht nur den bestimmtesten Gesetzen, welche dem Kauf Bestand und Wirksamkeit vor aller Tradition zusprechen (fr. 8. pr. de per. et comm. rei vend. XVIII. 6), sondern auch sich selbst widersprechen. Eine zweite unrichtige Voraussetzung ist, daß wenn Credit gegeben worden, die Tradition nothwendig mit der Absicht geschähe, Eigenthum zu übertragen. Diese Absicht wird, wie vielfach dargethan worden, vorausgesetzt; dieser Voraussetzung kann aber vom Verkäufer mit Erfolg widersprochen werden, weil sein Wille im Kaufvertrage nur so weit gebunden ist, daß er das Eigenthum übertrage, wenn auf der andern Seite vollständig geleistet worden. Es ist mithin die Nothwendigkeit, daß mit der Creditgebung eine wahre, juristische Tradition, wie Hofmann die unbedingte Tradition nennt, untrennbar verbunden sei, unrichtig. Würde das fr. 80. § 3. cit. besagen, daß die Absicht, das Eigenthum der verkauften Sache in irgend einem Moment nicht beim Käufer zu lassen, dem Kaufcontract widerspräche, wie Hofmann will, so würde dieses Gesetz allen den Gesetzen widersprechen, welche den Bestand des Kaufcontracts vor aller Tradition oder, zwar nach der Tradition, aber vor stattgehabtem Eigenthumsübergange, weil das Kaufpretium weder bezahlt, noch creditirt worden, für möglich halten. Hofmanns Auslegung dieses Gesetzes beweist mithin zuviel und darum gar nichts. Endlich ist es unrichtig, wenn Hofmann die Creditgebung für eine Erklärung ansieht, daß der Verkäufer wegen des pretium satisfacirt sei. Diese Annahme widerspricht:

1) den Gesetzen, welche die Satisfaction wegen des Kaufpreises ausdrücklich von der Creditirung trennen; und wenn,

2) aus dem fr. 5. § 18. de trib. act. XIV. 4, sich auch deduciren läßt, daß der Eigenthumsübergang auf die Creditgebung insofern erfolgt, als dieselbe eine Satisfaction wegen des Kaufpreises ist, so läßt sich doch aus diesem Gesetze nicht die Nothwendigkeit dieser Auffassung der Creditgebung darthun, und eher noch annehmen, daß der Eigenthumsübergang nicht erfolgt, sofern die Creditgebung keine Satisfaction wegen des Kaufpreises ist.

§ 27. Möglichkeit der Resolutiv-Bedingung.

Daß das pactum r. d. auch als Resolutiv-Bedingung vorkommen könne, wird fast von allen Schriftstellern zugegeben; zunächst natürlich von denjenigen, welche der Ansicht sind, daß eine solche sogar präsumirt werden müsse, als von Müller, Hofmann, Ebhardt, Leonhardt u. A.; andere geben zwar die Möglichkeit einer Resolutiv-Bedingung in dem pactum r. d. zu, leugnen aber die Eigenthümlichkeit desselben und sind der Ansicht, daß das pactum r. d., als Resolutiv-Bedingung gedacht, mit der lex commissoria zusammenfalle. So Duncker, Vangerow, ll. cc. u. A. Puchta, Pandecten, 2te Ausg. Leipzig 1844, § 148, pag. 206, Anm. f., spricht die Ansicht aus, daß es sich nur als Suspensiv-Bedingung denken lasse. Müller, in seinen civilist. Abhandlungen, l. c. § 8, giebt zu, daß das pactum r. d. in eine lex commissoria übergehe, sobald in dem Creditvertrage ein dies solutionis festgesetzt worden sei. Hierbei trägt er auch noch die Ansicht vor, l. c. pag. 29—30, daß, wenn zwar creditirt, aber kein dies solutionis festgesetzt worden, letzterer in die Willkühr des Käufers gesetzt sei. Wir haben schon oben gesehen, wie die Festsetzung eines dies solutionis durch Verabredung der Contrahenten mit dem Begriffe der lex commissoria gar nichts zu thun hat; wie ferner die unabweisbare Analogie des Darlehns zur Annahme nöthigt, daß, auch

wenn Credit gegeben worden, doch der Satz „quoties dies non ponitur, statim debetur“ zur Anwendung komme, mithin der Fall, daß die Zahlungszeit in die Willkühr des Schuldners gestellt sei, nur da vorkommt, wo letzteres ausdrücklich geschehen ist. Wenn nun auch hier die Gesetze bestimmen, daß die Pflicht zu zahlen mit dem Tode des Schuldners für seine Erben eintrete, so ist die Zahlungszeit überall bestimmt. Daß aber dieselbe feststehe und daher überhaupt ein Zeitmoment vorliege, von welchem die mora des Käufers (in weiterem Sinne), berechnet werden könne, ist eine nothwendige Voraussetzung der Wirksamkeit der lex commissoria. Müller, der das pactum r. d. als dem Kaufcontracte hinzugefügt ansieht, sollte bei richtiger Auffassung der lex commissoria das pactum r. d. in seiner Selbstständigkeit ganz verwerfen. Geyso, l. c. pag. 169, macht schon darauf aufmerksam, daß das pactum r. d. als der Tradition hinzugefügte Suspensiv-Bedingung niemals wie eine lex commissoria wirken könne, sondern nur die Eigenthum übertragende Wirkung der Tradition bedinge. Besonders aber hat Leonhardt, l. c., § 10, diesen Satz durchgeführt. Wir haben von Hause aus einen perfecten Kauf und eine bedingte Tradition vorausgesetzt; für uns kann daher kein Zweifel sein, daß das pactum r. d. niemals mit der lex commissoria coincidirt und es ist daher dies Coincidiren kein Grund, ein resolutives pactum r. d. überhaupt zu leugnen. In der That läßt sich ein solches sehr wohl denken, wenn nur die Partheien entweder Ausdrücke gebrauchen, die ihre Absicht, eine Resolutiv-Bedingung aufstellen zu wollen, unzweideutig kund geben; z. B. indem der Verkäufer erklärt, er behalte sich das Eigenthum auf den Fall vor, daß der Käufer insolvent werde; oder, wenn sie zwar ihre Absicht in den gebrauchten Ausdrücken nicht so deutlich kund geben, aber der Käufer sich mit Wissen und Duldung des Verkäufers so gerirt, als sei er Eigenthümer der ihm übergebenen Sache geworden, wie Leonhardt dies in der von ihm geschilderten Praxis fortwährend beobachtet zu haben angiebt.

§ 28. Wofür zu präsumiren ist.

Wenn aber die Möglichkeit, Eines oder das Andere anzunehmen ohne die thatsächlichen Verhältnisse des gegebenen Falles zu ignoriren, vorhanden ist, dann ist gewiß für eine Suspensiv-Bedingung zu präsumiren.

Die neueste und scheinbarste Widerlegung dieses Satzes giebt Leonhardt, l. c., § 6. Sein erster Grund ist, daß die Ausdrücke „reservatio", „reservare", „Vorbehalt", „vorbehalten", an sich zweideutig seien und sowohl von einem Behalten, als von einem Wiedererlangen verstanden werden könnten. Bei dieser Zweideutigkeit der Ausdrücke müßten die gesetzlichen Interpretationsgrundsätze zur Anwendung kommen, so daß nach fr. 219, de V. S. L. 16., fr. 6. § 1. de contr. emt. XVIII. 1., fr. 67. de R. J., L. 17., auf die Absicht der Contrahenten mehr, als auf die Worte gesehen und diejenige Auslegung vorgezogen werden müsse, welche dem vorliegenden Rechtsgeschäfte angemessener sei (ea sententia, quae rei gerendae aptior est.) Nun gingen Absicht und Zweck der Contrahenten bei Abschließung des pacti r. d. offenbar auf Erfüllung des Contracts, unbeschadet der größtmöglichsten Sicherung des Verkäufers wegen des creditirten Kaufgeldes. Es werde aber für den Verkäufer ganz dieselbe Sicherheit erreicht, möge man in dem pacto r. d. eine suspendirende oder eine resolvirende Bedingung erblicken; daneben werde aber, wenn man eine suspendirende Bedingung statuire, einerseits der Käufer nach allen Seiten hin in der Disposition über die Sache beschränkt, der Kauf so gut wie gar nicht erfüllt, andrerseits der Verkäufer, was am meisten auffallen müsse, in der Disposition über die verkaufte und tradirte Sache nicht gehemmt, welches Alles sich anders verhalte, wenn man von einer Resolutiv-Bedingung ausgehe.

Es ist bereits oben gezeigt worden, daß Leonhardt nicht hat nachweisen können, daß die Ausdrücke „reservare" und „vorbehalten" regelmäßig eine andere, als die Bedeutung „nicht

aufgeben" haben könnten. Allein auch zugegeben, daß sie in der Bedeutung von „wiedererlangen" vorkommen könnten und daß der Wille der Partheien den Worten vorzuziehen sei, so ist es doch eine offenbare petitio principii, wenn Leonhardt annimmt, daß Absicht und Zweck der Contrahenten bei Abschließung des pactum r. d. auch auf Erfüllung des Contractes gehe, eine Annahme, die auch in § 4 seiner Abhandlung, wo sie näher ausgeführt ist, als nackte Behauptung erscheint. Von Erfüllung des Contractes von Seiten des Verkäufers, spricht weder der Creditvertrag, noch das pactum r. d. irgend etwas. Ebenso willkührlich ist die ähnliche von Leonhardt in § 5 ausgeführte Ansicht, daß durch das pactum r. d. dem unentschiedenen Zustande vor dem Eigenthumsübergange ein Ende gemacht werden soll. So lange es ungewiß ist, ob das Eigenthum nicht wieder zu dem Verkäufer zurückkehren und Alles auf das Verhältniß nach perfectem Kauf und vor irgend einer Leistung reducirt werden wird, ist ebenso wenig Entschiedenheit vorhanden, als wenn das Eigenthum noch gar nicht übergegangen ist; es macht daher das pactum r. d. jenem Zustande weder als Resolutiv-, noch als Suspensiv-Bedingung ein Ende. Auch ist es unrichtig, wenn Leonhardt annimmt, daß der Verkäufer sub pacto r. d. suspensivo in der Disposition über die verkaufte und tradirte Sache nicht gehemmt werde, weil, wie bereits gezeigt ist, nach Römischem Rechte in der Regel die Wirkung der existirenden Bedingung auf den Moment zurückgezogen werden muß, wo die Bedingung hinzugefügt worden.

Am scheinbarsten ist der zweite Grund Leonhardts. Er zeigt nämlich, l. c. pag. 236. ff., daß mehre, dem pactum r. d. ähnliche Verträge, als die lex commissoria, die in diem addictio, sodann aber auch die Hingabe von Sachen zur dos und die mortis causa donatio, sowohl unter einer Suspensiv-, als unter einer Resolutiv-Bedingung vorkommen können und daß in allen diesen Fällen, wenn nicht das Gegentheil unzweifelhaft darzuthun ist, die Resolutiv-Bedingung, den Gesetzen nach, präsumirt werden muß. Nun sei die Analogie dieser Fälle unab-

weisbar und es müßte demnach auch bei dem pactum r. d. für die Resolutiv-Bedingung präsumirt werden, wenn nicht unzweifelhaft eine Suspensiv-Bedingung ausgemacht worden. Allein, die Regel, daß für die Resolutiv-Bedingung präsumirt werde, ist keineswegs eine allgemeine;

Savigny, System, III, pag. 155, Anm. o.

und Leonhardt übersieht, daß für den Fall, wenn eine Sache verkauft und übergeben, der Kaufpreis aber weder bezahlt, noch creditirt worden, das Ausbleiben des Eigenthumsüberganges in nichts Anderem, als in einer präsumirten, dem dinglichen Vertrage beigefügten, Suspensiv-Bedingung seinen Grund hat. Es scheint aber allerdings, daß die Analogie dieses Falles näher liegt als die der, von Leonhardt angeführten Fälle, wenn man einmal annimmt, daß der vom Gesetz vorausgesetzten Wirkung des Creditvertrages im pactum r. d. widersprochen wird, was doch auf alle Fälle geschieht, mag man darin nun eine Suspensiv- oder eine Resolutiv-Bedingung erblicken, da, wenn das pactum gar nicht hinzuträte, das Eigenthum in Folge des Creditvertrages nicht nur überhaupt, sondern auch für immer auf den Käufer übergehen würde. Abgesehen davon, liegt, wie oben gesagt worden, in dem pactum r. d. nothwendig weder eine Resolutiv- noch eine Suspensiv-Bedingung; es fehlt hier also jene Alternative, für welche die Präsumtion der Resolutiv-Bedingung aufgestellt worden ist, es fehlt die bedingende Thatsache, deren Eintritt den dinglichen Vertrag auflöst, während die bedingende Thatsache, welche den suspendirten Vertrag zur Wirkung bringt, in dem Kaufcontracte enthalten ist.

Der dritte Grund Leonhardts, daß das pactum r. d. offenbar als eine Nebenverabredung, conventio, erscheine und somit die Bestimmung des fr. 2. § 3. pro emtore, XLI. 4. . . sed videamus, utrum conditio sit hoc, an conventio; si conventio est, magis resolvetur, quam implebitur", Platz greife, ist ganz willkührlich hier angeführt, da diese Stelle nicht allgemein, sondern speciell von der lex commissoria spricht.

§ 29. Begriff und Zweck des pactum r. d.

Das pactum r. d. ist demnach die Verabredung des Verkäufers und des Käufers, daß die Bedingtheit der Tradition, ungeachtet der Verkäufer den Preis nicht sofort fordern zu wollen erklärt, fortdauern solle. Der Zweck des Vertrages ist, dem Verkäufer diejenige Sicherheit zu gewähren, welche er bei perfectem Kauf als Eigenthümer der Sache haben kann; sie äußert sich besonders dann, wenn die Bedingung der Tradition, die Zahlung des Kaufpreises deficirt, indem der Verkäufer die Sache nun wiederum quasi pignus retiniren darf, bis er befriedigt worden.

§ 30. Wann das pactum r. d. mit Erfolg abgeschlossen werden kann.

Das pactum r. d. ist ein wahrer Vertrag, in sofern es seine Wirksamkeit nur aus dem übereinstimmenden Willen beider Partheien hernimmt. Es kann vor und nach der Tradition abgeschlossen werden; nur muß es vor Uebergang des Eigenthums, daher vor oder in Verbindung mit dem Creditvertrage, abgeschlossen werden. Jedoch macht Duncker, l. c. § 12. pag. 91., mit Recht darauf aufmerksam, daß auch nach Uebergang des Eigenthums, auf dem Wege des constitutum possessorium, dem Verkäufer eine ebenso große Sicherheit gewährt werden könne, wie durch das pactum r. d., wenn nämlich beide Theile übereinkommen, daß der Verkäufer wieder Eigenthümer werden, der Käufer aber die Sache in seinem Namen besitzen solle.

§ 31. Wirkungen des pactum r. d. im Allgemeinen.

Die Wirkungen des pactum r. d. lassen sich im Allgemeinen so charakterisiren: Das Rechtsverhältniß bleibt dasselbe, wie wenn ohne Credit übergeben worden, nur daß während der Dauer des Credits das pretium nicht gefordert werden, auch,

weil die Bedingung schwebt, der Verkäufer den bestehenden Zustand nicht stören, also weder die Sache zurückfordern, noch die Lage des Käufers in irgend einer Weise verschlechtern darf.

Sell, bedingte Traditionen, l. c. pag. 16. ff.

§ 32. Besitz der Sache.

Der Besitz des Käufers ist mithin bloße Detention; dem Verkäufer steht, da er den animus domini hat, der juristische Besitz der Sache zu. Leonhardt, l. c. § 13, giebt dies für den Fall des suspensiven pactum r. d. zu, entnimmt aber hieraus, l. c. § 7, einen Grund zu der Behauptung, daß das pactum r. d. suspensivum der Absicht der Contrahenten widerspreche, da, nach seiner Ansicht, der Käufer, dem die Sache tradirt, das pretium aber nicht creditirt worden, den juristischen Besitz hat. Letzteres ist gewiß unrichtig, da der Verkäufer auch in diesem Falle den animus domini hat. Sofern sich die Behauptung auf fr. 13. § 1. de Publ. in rem. act. VI. 2. gründet, ist sie bereits oben wiederlegt worden.

§ 33. Gebrauch und Fruchtgenuß der sub pacto r. d. verkauften Sache.

Was den Gebrauch der sub pacto r. d. übergebenen Sache anbetrifft, so kann derselbe, sofern das Eigenthum ohne Beschränkung bei dem Verkäufer zurückgeblieben ist, nicht ohne Weiteres dem Käufer zugestanden werden, und Müller hat ganz Recht, wenn er in seinen civilist. Abhandlungen, l. c. § 4, gegen Geyso, der l. c. pag. 166, anzunehmen scheint, daß dem Käufer der Gebrauch der Sache stillschweigend zustehe, geltend macht, daß wenn der Eigenthumsübergang gehindert werde, auch alle diejenigen Rechte, welche im Eigenthum gelegen sind, nicht auf den Käufer übergehen könnten. Andrerseits steht auch ein pactum r. d. suspensivum der Gebrauchsüberlassung nicht entgegen und, wenn der Käufer annehmen zu können glaubt, der Verkäufer habe ihm den Gebrauch gestatten wollen, so wird es

eben keiner besonderen Verabredung darüber bedürfen, sondern die Sache schon bei wissentlicher Duldung des Verkäufers von dem Käufer gebraucht werden können.

Von dem Genuß der Früchte gilt im Allgemeinen dasselbe, wie von dem Gebrauch der Sache. Etwas Besonderes ist nur noch in Betreff des Verhältnisses des Fruchtgenusses zur Verzinsung des Kaufpreises zu bemerken. Duncker, l. c. § 8, pag. 32, spricht die Ansicht aus, daß der Creditvertrag, auch wenn das Eigenthum vorbehalten worden, für den Käufer den Vorheil habe, daß er den Kaufpreis nicht zu verzinsen brauche. Müller, um zu beweisen, daß der Credit gar keinen Vortheil für den Käufer habe, wenn das Eigenthum bei dem Verkäufer zurückbleibe, sucht in seinen civilist. Abhandlungen, l. c. § 13, pag. 47 und 48, aus dem fr. 13. §§ 20 und 21. de actt. emt. et vend. XIX. 1 darzuthun, daß die Verzinsung des Kaufpreises ganz unabhängig von der Creditgebung sei und nur durch den Fruchtgenuß des Käufers bedingt werde. Diese Behauptung ist indeß nicht richtig; der Grund der Verzinsungspflicht kann nur in einem Vertrage oder in der nicht rechtzeitigen Erfüllung von Seiten des Käufers, mora im weitern Sinne, objectiven mora,

Vangerow, l. c., Bd. III., § 588, pag. 189 ff.

liegen; letztere fällt weg, so lange der Kaufpreis creditirt wird, mit ihr aber auch die Verzinsungspflicht. Die Unabhängigkeit dieser von dem Fruchtgenuß ergiebt sich schon daraus, daß die Gesetze ganz allgemein den in moram verfallenen Käufer zur Zinsenzahlung verpflichten, ohne zu unterscheiden, ob ihm eine fruchttragende oder eine nicht fruchttragende Sache verkauft und tradirt worden; ebenso bestimmen sie, daß auf die wirkliche Perception der Früchte für die Verzinsungspflicht nichts ankomme (fr. 13. § 21. l. c.); endlich erlangt der Käufer, wenn er, in Folge der Erfüllung des Kaufcontracts, zum Eigenthum der verkauften Sache gelangt, auf alle Fälle die Accessionen der Sache von Perfection des Kaufcontracts an, gleichviel ob das pretium verzinst war oder nicht.

Paulus, S. R., lib. II., tit. 17, § 9. Post rem traditam, nisi emtor pretium statim exsolvat, usuras ejus praestare cogendus est.

fr. 19, de per. et comm. rei vend. XVIII. 6. Venditori, si emtor in pretio solvendo moram fecerit, usuras . . . . . praestabit . . . . .

cst. 2. de usuris. IV. 32.

cst. 13. de actt. emt. et vend. IV. 49. . . . venditor . . . . si mora intercessisse probetur, usuras . . . . . exigere potest

cst. 5. de pact. int. emt. et vend. comp. IV. 54 . . . . deberi ex mora duntaxat usuras . . . . de jure postulabis.

Glück, Pandecten-Commentar. Bd. 16. § 986.

Holzschuher, Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts, Bd. 2, Abth. 2, Leipzig 1847, pag. 44, pag. 718 und 719.

Die in fr. 13. § 20. de actt. emt. et vend. XIX 1. . . . . . . „quum re emtor fruatur, aequissimum est, eum usuras pretii pendere", scheinbar angedeutete Nothwendigkeit einer Reciprocität zwischen der Zinszahlung und dem Fruchtgenuß erklärt sich vielmehr daraus, daß der Moment, in welchem der Käufer zur facultas fructus percipiendi gelangt, mit dem Moment der Uebergabe zusammenfällt, und daß die Römischen Quellen, wie schon oben gezeigt, stets annehmen, daß, wenn der Verkäufer die übergebene Sache in der Detention des Käufers läßt, wenngleich das pretium noch nicht gezahlt worden, eine Abmachung über den Fruchtgenuß getroffen wird.

Auch die cst. 5. de actt. emt. et vend. XIX. I. . . . . usuris . . . , quas et perceptorum fructuum ratio, et minoris aetatis favor, licet nulla mora intercesserit, generavit . . . . ist den vorgetragenen Ansichten nicht entgegen. Diese Stelle spricht nämlich entweder von Conventionalzinsen, oder die in ihr erwähnte mora ist eine solche, welche eine culpa des Käufers voraussetzt, mora im engern und eigentlichen Sinne, subjective oder eigentliche mora. Diese braucht allerdings nicht vorzuliegen, um die Verzinsungspflicht zu begründen.

Vangerow, l. c.

§ 34. Periculum der sub pacto r. d. verkauften Sache.

Daß das periculum bei dem Käufer bleibe, kann nach dem Obigen, worin sich ergeben, daß die Suspensiv-Bedingung lediglich dem dinglichen Vertrage der Tradition, nicht aber dem übrigens perfecten Kaufcontracte, beigefügt worden, nicht mehr zweifelhaft sein. Darin stimmen denn auch fast alle neueren Schriftsteller überein. Die vereinzelte abweichende Meinung des Verfassers des Aufsatzes in der juristischen Zeitschrift für Hannover Nr. 10, vom 15. Mai 1831, ist bereits oben berührt worden.

§ 35. Disposition über die sub pacto r. d. verkaufte Sache.

Die Suspensiv-Bedingung vorausgesetzt, sichert die Detention den Käufer dagegen, daß ein weiterer Verkauf der Sache durch Tradition Erfüllung erhalte. Wenn aber der Verkäufer nach Wegfallen der Bedingung der Tradition die Sache wieder detinirt, so kann er sie mit demselben Erfolge weiter verkaufen, wie wenn er sie noch gar nicht tradirt gehabt. Eine weitere Veräußerung der Sache durch den Käufer würde durch das Eintreten der Bedingung convalesciren können, während das Deficiren derselben den zweiten Käufer der Eviction aussetzt. Practischer ist die Frage, inwiefern ein jeder der Contrahenten das ihm aus dem Contracte zustehende Recht so cediren könne, daß der Cessionar sein zur Zeit vorhandenes oder eventuelles dingliches Recht mit erwerbe. Der Verkäufer kann ohne Zweifel seine actio venditi cediren; daß er aber zugleich sein vorbehaltenes Eigenthum an der Sache ohne Tradition auf den Cessionar übertrage, so daß letzterer eventuell vindiciren könne, ist juristisch ganz undenkbar. Dennoch theilt Ebhardt, l. c. pag. 91 ff., ein Präjudicat mit, in welchem die Befugniß des Verkäufers, seine Forderung sub eodem nexu, wie er sie gehabt, zu cediren, anerkannt wird, so daß sein Cessionar im Concurse des Käufers die sub pacto r. d. veräußerte Sache vindiciren konnte. Leonhardt, l. c. § 13., pag. 253, spricht die Ansicht aus, daß wenn man eine Suspensiv-Bedingung im pactum

r. d. annähme und im Verkäufer den Eigenthümer sähe, letzterer als Cedent der actio venditi das Eigenthum behalte, weil es ohne Tradition auf den Cessionar nicht übergehen könne, die cedirte Forderung daher ohne alle dingliche Sicherheit sei. Diese Ansicht ist gewiß so richtig, als die Behauptung Leonhardts falsch, daß von der sub pacto r. d. resolutivo veräußerten Sache ein Anderes gelte und der Cessionar des Verkäufers derselben sie im Falle des Eintretens der Resolutiv-Bedingung vindiciren könne; vielmehr kann das Eigenthum alsdann nur auf den Verkäufer zurückfallen, weil die Sache dem Cessionar nicht tradirt gewesen. Wenn Leonhardt sich für seine Ansicht auf die tägliche Erfahrung und die Einsicht in die Hypothekenbücher beruft, so ist von dieser Praxis nur dasselbe zu sagen, wie von dem von Ebhardt mitgetheilten Präjudicate und es erklärt sich jene Praxis wohl eher aus einer Verwechslung des pactum r. d. mit dem pactum hypothecae.

Was die Befugniß des Käufers anlangt, seine actio emti wirksam zu cediren, so daß der Cessionar existente conditione Eigenthümer wird, so kann über die Zulässigkeit eines solchen Geschäfts für den Fall eines pactum r. d. suspensivum kein Zweifel sein, wenn nur der Cessionar des Käufers auch die Detention der Sache erlangt. Hier steht aber auch nichts im Wege, daß der Käufer als Verkäufer sich wiederum das Eigenthum bis dahin vorbehalte, daß der zweite Käufer seinen Verpflichtungen nachkomme. Leonhardt spricht l. c. pag. 253, die Ansicht aus, daß diese Cession mit reservirtem Eigenthume nur erklärbar sei, wenn nicht der Verkäufer, sondern der Käufer Eigenthümer der Sache wäre, also auch dieser, nicht jener, Veräußerungsbefugniß hätte. Der Käufer veräußere die Sache einem Dritten und creditire den Rest des Kaufgeldes dem neuen Käufer, und ebenso bilde sich das Verhältniß zwischen dem dritten Verkäufer und Käufer. Den Fall eines pactum r. d. resolutivum mit Leonhardt vorausgesetzt, so wird, bei der Weiterveräußerung durch den Käufer, das Kaufgeld an den ersten Verkäufer entweder berichtigt oder nicht; im ersteren Falle tritt das Verhältniß zum ersten Verkäufer gänzlich aus dem Spiel und das Verhältniß bleibt dasselbe, wie zwischen dem ersten Käufer und Verkäufer; wird dagegen das Kauf-

geld nicht berichtigt, so entsteht ein Verhältniß, von dem man weder wünschen, noch annehmen kann, daß es practisch oder durch wahre Lebensbedürfnisse hervorgerufen sei. Denn wenn nun in dem von Leonhardt gesetzten Falle der erste Käufer in Concurs verfällt und sein Verkäufer wegen Eintritts der Resolutiv-Bedingung die Sache vindicirt, dann verliert der zweite Käufer nicht nur die Sache, sondern auch seinen ganz oder zum Theil gezahlten Kaufpreis. So wächst die Unsicherheit der ferneren Kaufcontracte über dieselbe Sache immer mehr, und ein zweiter, dritter, u. s. w. Käufer wird das Kaufpretium schwerlich zahlen, wenn er dagegen nur revocables Eigenthum erhält. Er wird vielmehr seinem Verkäufer zu seiner Sicherheit so viel vom Kaufpretium vorenthalten müssen, als letzterer dem ersten Verkäufer schuldig geblieben. Nimmt man nun mit Leonhardt, l. c. § 17., pag. 269, an, der zweite Käufer könnte der Vindication des ersten Verkäufers dadurch ausweichen, daß er unter Abrechnung auf seine eigne Schuld den vom ersten Käufer geschuldeten Theil des Kaufpreises zahlt, was allerdings juristisch denkbar und zulässig ist, so läßt sich durchaus kein Grund absehn, dasselbe nicht auch im Falle eines pactum r. d. suspensivum vom Cessionar des Käufers, wenn er zugleich Detentor der Sache ist, anzunehmen, so daß auch dieser der Vindication des Verkäufers ohne Zweifel durch Zahlung des geschuldeten Kaufpretium ausweichen kann. Trat aber der zweite, dritte, u. s. w. Käufer mit Bewilligung des Verkäufers auch in die obligatio seines Vorgängers ein, so kommt letzterer gar nicht mehr in Betracht, und das Verhältniß ist dasselbe, wie zwischen den ersten Contrahenten.

Die Befugniß, die sub pacto r. d. suspensivo verkaufte Sache mit dinglichen Rechten, namentlich mit Hypotheken, zu belasten, gesteht Gesso, l. c. pag. 129, unbedingt, Duncker, l. c. § 28, pag. 181, vom Standpunkte des Römischen Rechts, dem Verkäufer zu; Mühlenbruch, in der H. A. L. Z., l. c., spricht die Ansicht aus, daß diese Annahme sich überall nicht mit dem Zwecke des Geschäfts vertrage, welcher hier, wie bei allen bonae fidei negotiis, vorzugsweise zu berücksichtigen sei. Leonhardt, unter Berufung auf Mühlenbruch's Ausspruch, nimmt, l. c. pag. 259, aus jener

Ansicht Dunckers und Geyso's einen Grund gegen die Annahme einer Suspensiv-Bedingung in dem pactum r. d. her.

Wir haben bereits früher gesehen, daß der Tradent unter einer Suspensiv-Bedingung pendente conditione verpflichtet ist, das bestehende Verhältniß nicht zu stören, daß er ebenso Alles unterlassen muß, was die Lage des Empfängers verschlechtern kann, daß daher die von ihm pendente conditione auf die Sache gelegten, dinglichen Lasten nur dann giltig werden, wenn die Suspensiv-Bedingung deficirt, wenn sie aber existirt, vernichtet sind, wogegen umgekehrt die von dem Käufer auf die Sache gelegten, dinglichen Rechte Giltigkeit erhalten können, wenn die Suspensiv-Bedingung eintritt.

Sell, über bedingte Traditionen, pag. 16. ff., pag. 157. ff., pag. 174. ff.

Dies auf unsern Fall angewendet, so ist die Ansicht Dunckers und Geysos zu verwerfen und Leonhardt kann aus der irrthümlich vorausgesetzten Befugniß des Verkäufers, die verkaufte Sache während schwebender Suspensiv-Bedingung, mit Hypotheken zu belasten, keinen Grund für die Annahme einer Resolutiv-Bedingung hernehmen. Es bedarf zur Verwerfung jener Befugniß des Verkäufers nicht des auch hier von Leonhardt willkührlich geltend gemachten, angeblichen Zweckes der Erfüllung und noch weniger der Berufung auf die von ihm beobachtete Praxis, welche weder beweist, daß es anderweitig ebenso gehalten wird, noch daß es überhaupt so gehalten werden muß.

Was noch die von Leonhardt berührten Cautionen im Processe betrifft, so ist kein Zweifel, daß nur der, welcher öffentlich als Eigenthümer gilt, also bei dem pactum r. d. suspensivum der Verkäufer, mit der verkauften Sache Sicherheit leisten kann. Mit einer sub pacto r. d. resolutivo verkauften Sache kann indeß nur geringe Sicherheit bestellt werden, da die eintretende Vindications-Befugniß des Verkäufers alle Sicherheit wieder aufheben würde; ebenso würde, wenn die sub pacto r. d. suspensivo veräußerte Sache durch das Eintreten der Bedingung in das Eigenthum des Käufers überginge, die Cautions-Bestellung des Verkäufers durch die rückwirkende Kraft der Bedingung vernichtet werden. Leonhardt hat daher mit Unrecht in der Mög-

lichkeit der Cautionsbestellung von Seiten des Käufers einen Vorzug der Annahme einer Resolutiv-Bedingung gesehen, l. c. § 13. pag. 255.

§ 36. Dingliche Rechtsmittel.

Auch hier kommt das Meiste darauf an, ob man ein resolutives oder ein suspensives pactum r. d. voraussetzt. Im ersteren Falle stehen natürlich, während schwebender Resolutiv-Bedingung das possessorium summariissimum, das remedium spolii, die possessorischen Interdicte des Römischen Rechts, die Publiciana in rem actio, die vindicatio lediglich dem Käufer zu. Während schwebender Suspensiv-Bedingung dagegen kommen die Vindication gegen dritte Personen, die Publiciana in rem actio, die possessorischen Interdicte des Römischen Rechts lediglich dem Verkäufer zu. Wo die possessorischen Interdicte des Römischen Rechts zur Abwehrung von Besitzstörungen erforderlich sind, wird der Käufer die Cession dieser Interdicte in Anspruch nehmen können. Gegen die Vindication dritter Personen schützt er sich durch die laudatio auctoris. Kann der verlorene Besitz nur durch die Vindication oder Publiciana erlangt werden, so ist der Verkäufer verpflichtet, diese Klagen anzustellen und nach Erlangung der Sache dieselbe dem Käufer wieder zu tradiren.

Insbesondere von der Vindication des Verkäufers gegen den Käufer.

1. Im Falle eines suspensiven pactum r. d.

§ 37. Zulässigkeit der Vindication gegen den Käufer.

Während schwebender Bedingung, so lange also dem Käufer creditirt wird, steht ihm gegen die Vindication des Verkäufers die exceptio rei venditae et traditae zu, die ihrem Wesen nach eine exceptio doli ist.

Vangerow, l. c. Bd. I., § 343. pag. 588. sub b. — Sell, l. c. pag. 21. ff.

Hierin stimmen fast alle Schriftsteller überein. Daß aber die Vindication von dem Verkäufer angestellt werden kann, wenn die Suspensiv-Bedingung deficirt, ist nicht unbezweifelt geblieben. Gegen die

Vindications = Befugniß spricht, daß der Verkäufer immer noch aus dem Kaufcontract verpflichtet bleibt, die Sache zu tradiren, aber schon oben ist gezeigt worden, daß diese Verpflichtung im Kaufcontract nur insofern übernommen ist, als der Käufer das Kaufpretium bezahlt und daß das wirksame Moment der exceptio rei venditae et traditae in dem Willen, das Eigenthum zu übertragen, liegt; daß daher, wenn dieser als zur Zeit fehlend nachgewiesen wird, die exceptio rei venditae et traditae elidirt wird. Geyso, l. c. pag. 176, gründet seine Ansicht, daß dem Verkäufer nach Uebergabe der Sache die Vindication gegen den Käufer niemals zustehe, darauf, daß diese die Auflösung des Kaufcontracts herbeiführen würde, der Verkäufer aber nicht berechtigt sei, vom Kaufcontract abzugehen. Diese Voraussetzung und mit ihr die Folgerung wird sich später als unrichtig erweisen.

Daß der Käufer auch, nachdem die Bedingung deficirte, doch die Vindication des Verkäufers durch das Anbieten der Zahlung abwenden kann, so lange er die Sache detinirt, wie Duncker, l. c. §§ 16 u. 19, angiebt, ist gewiß richtig. Der Grund liegt aber nicht darin, daß das pactum r. d., ähnlich wie das Pfandrecht, nur ein subsidiarisches Recht giebt, wie Duncker willkührlich annimmt, sondern darin, daß der Verkäufer stets verpflichtet bleibt, die Sache zu tradiren, sobald das Kaufpretium berichtigt wird.

§ 38. Intention und Erfolg der Vindication.

Duncker, l. c., § 16. pag. 96, giebt folgende Grundsätze des Römischen Rechts über den Uebergang des Eigenthums und das Vindicationsrechts des Verkäufers an: „Die in Folge eines Kaufes geschehene Tradition überträgt nur dann Eigenthum, wenn der Preis bezahlt oder creditirt ist; außer diesen Fällen bleibt also der Verkäufer Eigenthümer und kann die Sache vindiciren, wenn der Käufer insolvent wird (für diesen Satz wird das fr. 5. § 18. de trib. act. citirt.) Abgesehn vom Falle der Insolvenz kann aber der Käufer durch Baarzahlung des Preises die Vindication abwenden (was sich auf cst 12. de contr. emt. IV. 28, gründen soll.) Da indeß nach den Grundsätzen unseres heutigen Concursrechts die Gläubiger den Cridar re-

präsentiren, so weit ihnen dieses vortheilhaft ist und die Natur des einzelnen Rechtsverhältnisses dieses gestattet, so fordert es die Consequenz, daß wir jene, dem Geiste unseres Concurses durchaus entgegenstehende Bestimmung verlassen und auch der Gläubiger-Gemeinschaft gestatten, die Vindication des ersten Verkäufers durch Bezahlung des Preises abzuwenden.“ Schon daraus, daß Duncker, pag. 94, von der cst. 12. cit., sagt, sie stände dem Vindicationsrecht des Verkäufers nicht entgegen, ersehen wir, daß er der Vindication die Wirkung zuschreibt, den Kaufcontract aufzulösen. Denn die cst. 12 cit. spricht überhaupt nicht von der Vindication, sondern stellt den Satz auf, daß der durch den Consens perfecte Kaufcontract (consensu finita) nicht deshalb, weil das pretium nicht gezahlt worden, (si eo nomine satisfactum non probetur) durch einseitigen Rücktritt (poenitentiae contestatio) aufgelöst werden dürfe. In der That spricht Duncker später, pag. 162, dies Resultat offen aus. „Die Auflösung des Kaufes nämlich, welche durch die Vindication des Käufers herbeigeführt wird, geschieht mit dem Willen beider Contrahenten. Der Verkäufer vindicirt wegen seines vorbehaltenen Eigenthumes und giebt dadurch, daß er die venditi actio auf Erfüllung nicht anstellt, zu erkennen, daß er von dem Vertrage abtreten will und der Käufer erklärt sich hiermit einverstanden, wenn er die Sache herausgiebt, wozu er verbunden, wenn er den Preis nicht zahlt.“ Diese unrichtige Ansicht über die Wirkung der Vindication verhindert nun Duncker schon von vornherein, die Vindicationsbefugniß des Verkäufers richtig zu begründen. Für dieselbe, abgesehen von dem Falle der Insolvenz des Käufers, wird ein positiver Grund nicht einmal angegeben. Natürlich mangelt es dann auch an einem innern Grunde für den Fall der Insolvenz. Es steht nur das Citat fr. 5. § 18. cit. In dieser Stelle wird nämlich folgender Fall behandelt: Es verkauft Jemand an eine Handlung, die von einem Haussohn oder Sclaven geführt wird, Sachen, mit welchen Handel getrieben werden soll. Die Handlung wird insolvent, die Gläubiger verlangen mit der tributoria actio vom Vater oder Herrn, daß er die vorhandenen Waaren verhältnißmäßig unter sie vertheile. Nun wird die Frage aufgeworfen, ob die von jenem Verkäufer an die Handlung verkauften Waaren mit vertheilt werden

sollen und dahin entschieden, daß, wenn nicht creditirt und dadurch Eigenthum übertragen worden, die verkauften Waaren von ihm vindicirt werden könnten. Von der Abwendung der Vindication durch Zahlung des Preises enthält die Stelle kein Wort; daß solche nicht leicht vorkommen konnte, läßt sich freilich leicht denken, da die Römer annahmen, daß Geschäfte mit einer Handlung, der ein Haussohn oder Sclave vorstand, nicht mit der Person dieser letzteren, sondern eben mit der Handlung selbst, abgeschlossen würden. (fr. 5. § 15. de trib. act. XIV. 4, ... merci magis, quam ipsi credidit). Hörte nun die Handlung in Folge der Insolvenz auf, so blieb Niemand nach, der die exc. rei vend. et trad. der Vindication opponiren konnte. Der Erfolg dieser war also nicht der Grund, sondern eine Folge der Auflösung des Kaufcontracts.

Für die Befugniß des Käufers, der Vindication durch Zahlung des pretii auszuweichen, wird nur das Citat cst. 12. de contr. emt. angeführt. Allerdings enthält diese den wahren Grund, dessen volle Consequenz aber von Duncker übersehen wird, indem sie nämlich ganz unbedingt den Satz ausspricht, daß der Verkäufer, wegen ausbleibender Zahlung des Preises nicht einseitig von dem perfecten Kaufcontracte abgehen dürfe. Also lediglich das Fortbestehen des Kaufcontracts ist der Grund, warum der Käufer auch, nachdem er in moram verfallen, die Vindication durch Zahlung abwenden kann. Aber auch die Insolvenz des Käufers modificirt nach Römischen Rechtsgrundsätzen jenen Satz nicht. Die Insolvenz, d. h. die erklärte Unmöglichkeit, die Gläubiger befriedigen zu können, ist für unsere Frage ein völlig gleichgiltiger Umstand; es kommt für den Erfolg der Vindication Alles auf das factum an, ob der Verkäufer befriedigt wird und es läßt sich auch für das Römische Rechtssystem der Fall sehr wohl denken, daß der Käufer von seinen Gläubigern trotz seiner allgemeinen Insolvenz in den Stand gesetzt würde, den Verkäufer zu befriedigen, um den Kauf zu ihrem Vortheil geltend zu machen. Dann konnte überhaupt von einer Insolvenz des Käufers gegenüber dem Verkäufer gar nicht mehr die Rede sein, ebenso wenig, wie heutzutage, wenn die Concursgläubiger den Verkäufer befriedigen, dem es überhaupt ganz gleichgiltig sein kann, woher

er seine Befriedigung erhält. Die Vindicationsbefugniß und das Recht, der Vindication durch Zahlung auszuweichen, gründen sich also gerade auf eine strenge Anwendung der Römischen Grundsätze.

Noch hinfälliger ist die fernere Argumentation Dunckers in Betreff der Auflösung des Contracts durch die erfolgreiche Anstellung der Vindication; denn es liegt auf der Hand, daß der Käufer, indem er die Sache herausgiebt, nicht erklärt, daß er vom Kaufcontract abgehen will, da er sehr wohl den Contract aufrecht erhalten wollen und doch außer Stande sein kann, das pretium zu leisten. Ja, es läßt sich sogar denken, daß er letzteres ausdrücklich erklärt, und für diesen Fall wird Duncker doch schwerlich annehmen, daß der Contract mit Willen des Käufers aufgelöst werde, wenn er auch gezwungen wird, die Sache herauszugeben! Der Auflösung des Contracts stehen auch die oben angeführten allgemeinen Aussprüche der Gesetze entgegen, indem sie, außer den bestimmten Fällen der laesio enormis u. s. w., die Aufhebung des Contractes wider den Willen des einen Theiles als unzulässig darstellen. Die Vindication intendirt und effectuirt also niemals die Auflösung des Kaufcontractes; sie geschieht in Folge der Auflösung des dinglichen Vertrages der Tradition, nachdem die Suspensiv-Bedingung deficirte. Die Schriftsteller, welche zugeben, daß das pactum r. d. der Tradition und nicht dem Kaufcontracte beigefügt worden, machen sich daher einer starken Inconsequenz schuldig, wenn sie die Wirkung des pactum auf den Kaufcontract erstrecken.

Die Vindication intendirt nur die Erlangung der Detention der verkauften Sache und alles dessen, was ihr anhängig; sie stellt rem integram, d. h. denjenigen Zustand wieder her, welcher nach perfectem Kaufe und vor geschehener Tradition stattfand. Die Sicherheit, welche das pactum r. d. dem Verkäufer gewährt, zeigt sich auch dann noch; er kann nun wieder die Sache quasi pignus retiniren und braucht nur dann zu leisten, wenn er befriedigt wird. Daraus folgt aber nicht, wie Duncker, pag. 164, zur Rechtfertigung seiner Ansicht über die Auflösung des Kaufes durch die Vindication anführt, daß er die Sache aufbewahren müsse, bis es dem Käufer beliebe, zu zahlen. Denn, wenn letzterer außer Stande ist, das pretium zu zahlen, so hat der

Verkäufer, wie wir bereits oben gesehen haben, noch einen Executionsgegenstand, die actio emti des Käufers, deren Realisirung von seinem Willen abhängt und daher wider seinen Willen von keinem andern Gläubiger beansprucht werden kann, bevor er befriedigt worden, so daß er immer wenigstens die verkaufte Sache selbst zu seiner Befriedigung erhalten wird.

Welche Grundsätze für die Auseinandersetzung bei Anstellung der Vindication maaßgebend sind, ist bereits oben gezeigt worden und die von Duncker, l. c. §. 17, erörterten Grundsätze sind insofern vollkommen anwendbar, als auch er, indem er die Vindication den Kaufcontract auflösen läßt, dasjenige Verhältniß wieder herstellen will, welches vor der Leistung statt hatte. Besondere Fragen sind von ihm, l. c., §. 21., in Betreff des Schatzes, welcher auf dem unter Vorbehalt des Eigenthums gekauften Grundstücke gefunden worden und von Ebhardt, l. c., in Betreff der Gebäude, welche auf der sub pacto r. d. verkauften area errichtet worden, aufgeworfen. Hinsichtlich des Schatzes ist die Entscheidung wohl nicht zweifelhaft; wird der Käufer Eigenthümer, so erlangt er das ganze commodum der Sache, von Perfection des Kaufes an, mithin auch denjenigen Theil des Schatzes, welcher dem Grundeigenthümer zukommt; so lange aber der Verkäufer Eigenthümer der Sache bleibt, muß er auch Eigenthümer desselben Antheiles an dem Schatze bleiben. Was die Gebäude anbetrifft, so ist ebenso wenig zweifelhaft, daß sie im Eigenthum des Grundeigenthümers, mithin des Verkäufers bleiben, bis die Suspensiv-Bedingung eingetreten, weil sie Accessionen des Bodens sind.

§ 29. J. de R. D. II. 1.
fr. 38. de R. V. VI. 1.

Die Frage aber, in wiefern der Käufer für die errichteten Gebäude, als für Verwendungen Ersatz verlangen kann, ist nach den allgemeinen, bereits oben vorgetragenen Grundsätzen zu beantworten.

Hält man daran fest, daß durch die Vindication in Folge der deficirenden Suspensiv-Bedingung der Tradition nur derjenige Zustand wiederhergestellt werden soll, welcher vor der Tradition stattfand, so kann über die Befugniß der Contrahenten, die Forderungen wegen schuldhafter Verschlechterung, fructus percipiendi und consumti auf

der einen, wegen Verwendungen auf der andern Seite zu compensiren, kein Zweifel sein. Sofern der Verkäufer überhaupt das Recht hat, dem Käufer gehörige Geldsummen, die auf rechtliche Weise in seine Hände gekommen sind, auf Abschlag des Kaufpreises zurückzuhalten, darf er auch hier den Ueberschuß desjenigen retiniren, was er dem Käufer im Verhältniß zu dessen Forderungen zu leisten hat; letzterer darf aber die Sache nur retiniren, sofern er den ganzen Preis zu leisten sich erbietet, weil erst die Zahlung des ganzen Preises ihn berechtigt, die Tradition zu verlangen.

fr. 13., § 8. de actt. emt. et vend. XIX. 1.

2. Im Falle eines resolutiven pactum r. d.

§ 39. Zulässigkeit der Vindication.

Hier ist zunächst nicht unbestritten, ob der Eintritt der resolvirenden Thatsache zur Folge hat, daß das Eigenthum ipso jure zurückfällt, die Sache somit vindicirt werden kann, oder ob nur eine persönliche Forderung gegen den Käufer auf Rückübertragung begründet wird. Die letztere Ansicht vertritt Hoffmann, l. c. § 14. Bedenkt man indeß, daß diese persönliche Forderung nicht die mindeste Sicherheit für den Verkäufer bietet, da, wenn der Käufer die Sache weiter veräußert hatte, die Retradition gar nicht mehr in seiner Macht steht, der dritte Erwerber aber zu nichts verpflichtet ist, so dürfte ein solcher Vertrag schon als zwecklos nicht präsumirt werden. Aus der Natur der Sache ergiebt sich noch der Grund, daß bei eintretender Resolutiv-Bedingung auf Seiten des Käufers der dingliche Vertrag, der übereinstimmende Wille Eigenthum zu übertragen und zu erwerben, die justa causa, gänzlich fehlt und hiernach, um dem Verkäufer das Eigenthum wieder zu erwerben, eine neue Tradition nicht nur nicht nöthig, sondern sogar unmöglich ist. Daher wird denn von der großen Mehrzahl der neuern Schriftsteller angenommen, daß mit eintretender Resolutiv-Bedingung, wenn nicht das Gegentheil bestimmt ausgemacht ist, das Eigenthum ipso jure zurückfällt und die Vindicationsbefugniß sofort eintritt.

Duncker, l. c., § 10., Leonhardt, l. c., § 8., Vangerow, l. c., Bd. 1., § 96., Müller, civilist. Abhandlungen, No. 7. pag. 253—330, Sell, l. c., pag. 277 ff.

§ 40. Wann die Vindicationsbefugniß eintritt.

Die meisten unserer Schriftsteller sind der Ansicht, daß, wenn im pactum r. d. eine Resolutiv-Bedingung angenommen wird, solche mit der Insolvenz des Käufers existent wird.

Müller, Archiv für civilist. Praxis, l. c., pag. 259 ff.
Derselbe, civilist. Abhandlungen, No. 1. pag. 36 ff.
Leonhardt, l. c., § 9.
Thibaut, System des Pandecten-Rechts 6. Ausg. Jena, 1823. Bd. 2. § 95.

Soviel ist daran wahr, daß im Concurse des Käufers der practische Werth des pactum r. d. am stärksten hervortritt. Auch kann natürlich von den Partheien ausdrücklich die Abmachung getroffen werden, daß das Eigenthum im Falle der Insolvenz des Käufers an den Verkäufer zurückfallen solle. Abgesehen hiervon liegt in der Insolvenz, d. h. in der festgestellten Thatsache, daß die Gläubiger des Käufers vollständig aus seinem Vermögen nicht befriedigt werden können, keine juristische Beziehung zu dem perfecten Kaufcontracte oder dem dinglichen Vertrage, zumal durch die Insolvenz nicht festgestellt ist, daß der Verkäufer niemals befriedigt werden wird. Auch liegt es gewiß nicht in der Natur der Sache, sondern kann nur eine Folge ausdrücklicher Abmachung sein, daß der Käufer Nachtheile erleide, bevor mora (im weiteren Sinne) eingetreten, was stattfände, wenn bei jener Annahme die Insolvenz einträte, bevor der dies solutionis für den Käufer gekommen ist.

Bei Betrachtung jedoch der Fälle, in denen einerseits die factische Frage entstehen kann, ob die Partheien eine Suspensiv- oder eine Resolutiv-Bedingung gemeint haben, während andrerseits die Gesetze eine Präsumtion des einen oder andern aufstellen, werden wir finden, daß sowohl der Zweifel, als die Präsumtion nur, dadurch möglich wird, daß es dieselbe Thatsache ist, welche die eine oder die andere Wirkung haben kann, so daß, wenn ihr Eintreten resolvirt, die

Gewißheit ihres Ausbleibens gleich dem Existentwerden der entsprechenden Suspensiv-Bedingung ist; wenn aber ihr Eintreten dieses Existentwerden zur Folge hat, die Gewißheit ihres Ausbleibens resolvirt, während andrerseits das Eintreten derselben Thatsache zugleich das Deficiren der Suspensiv- und das Existentwerden der entsprechenden Resolutiv-Bedingung, oder das Eintreten der Suspensiv- und das Deficiren der entsprechenden Resolutiv-Bedingung bestimmt. Die Gewißheit des Ausbleibens bezeichnet man im Gegensatz zur Thatsache auch als umgekehrte Thatsache; wird z. B. die nicht rechtzeitige Erfüllung, mora des Käufers im weiteren Sinne als Thatsache, die eine gewisse Wirkung zur Folge hat, angesehen, so ist die rechtzeitige Zahlung die umgekehrte Thatsache, deren Eintritt die Gewißheit des Ausbleibens der mora mit sich führt, und umgekehrt.

Savigny, System, Bd. III. pag. 153.

Bei einer resolutiven lex commissoria z. B. wird die Auflösung des Kaufgeschäftes von dem Eintritt der objectiven mora abhängig gemacht; die umgekehrte Thatsache, die Gewißheit des Ausbleibens der mora, d. i. die rechtzeitige Zahlung, beendet die Suspension des Geschäftes, welches unter einer aufschiebenden lex commissoria eingegangen war. Das Deficiren der mora ist aber gleich dem Eintreten der entsprechenden Suspensiv-Bedingung, der rechtzeitigen Zahlung; das Deficiren letzterer wiederum gleich dem Eintreten der entsprechenden Resolutiv-Bedingung, der mora. Waren ante nuptias Sachen zur dos gegeben worden und es ist zweifelhaft, ob dies unter einer Suspensiv- oder Resolutiv-Bedingung geschah, so bildet die Eingehung der Ehe die Suspensiv-Bedingung, die umgekehrte Thatsache, die Gewißheit des Ausbleibens der Ehe (nuntio remisso) die resolvirende Thatsache. Die Eingehung der Ehe macht entweder der Suspension des Eigenthumsüberganges der Dotalsachen auf den sponsus ein Ende, oder bewirkt das Wegfallen der entsprechenden Resolutiv-Bedingung des Eigenthums; das Deficiren der Eingehung der Ehe aber, die Gewißheit des Ausbleibens derselben, resolvirt das Eigenthum des sponsus an den Dotalsachen oder bewirkt das Wegfallen der Suspensiv-Bedingung, unter der sie ihm zum Eigenthum gegeben waren.

Aehnliches gilt von der in diem addictio und der mortis causa donatio.

In unserem Falle soll der Zweifel gleichfalls zwischen Resolutiv- und Suspensiv-Bedingung schwanken. Es kann mithin nur dieselbe Thatsache sein, deren Eintritt das Geschäft, d. i. hier, den dinglichen Vertrag der Tradition, suspendirt, während die Gewißheit ihres Ausbleibens dasselbe Geschäft resolvirt. Die Suspensiv-Bedingung ist aber in unserm Falle ganz unzweifelhaft die rechtzeitige Zahlung von Seiten des Käufers, die ihr entsprechende Resolutiv-Bedingung, die umgekehrte Thatsache ist die Gewißheit, daß jene Thatsache nicht eintreten werde, d. i. die mora des Käufers. Mithin, wenn überhaupt in dem pactum r. d. eine Resolutiv-Bedingung gesehen wird, die bedingende Thatsache aber nicht durch Vertrag festgestellt worden, so kann die Vindicationsbefugniß des Verkäufers nicht früher und nicht später als mit dem Feststehen der Thatsache, daß der Käufer nicht rechtzeitig leiste, also mit der objectiven mora eintreten.

§ 41. Intention und Erfolg der Vindication.

War nun auch die Resolutiv-Bedingung nur der Tradition beigefügt, so versteht es sich ganz von selbst, daß durch den Eintritt jener nur die letztere, nicht auch der Kaufcontract, aufgelöst werden kann. Daher geht durch die Hinzufügung eines dies solutionis das pactum r. d. nicht in eine lex commissoria über und der Verkäufer bleibt, nachdem er die Sache durch die Vindication wiedererlangt hat, immer noch aus dem Kaufcontracte verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigenthum zu übertragen, sobald er das pretium leistet. Müller, civilist. Abhandlungen, l. c. § 8, meint, daß der Käufer eine zweimalige Tradition nicht verlangen könne, zu welcher der Verkäufer sich nirgendwo verpflichtet habe. Wollte der Käufer mit der Contractsklage den Verkäufer zur Uebergabe zwingen, so könnte der letztere mit Recht erwidern, daß er bereits pflichtmäßig erfüllt habe und es nur an ihm, dem Käufrr gelegen, sich die durch jene Tradition erworbenen Rechte zu erhalten. Hiermit wäre die Klage des Käufers perimirt und die obligatio aus dem Kaufcontracte müßte als getilgt erscheinen, gleich wie bei der lex

commissoria, wenn der Verkäufer von letzterer Gebrauch mache. Hierbei citirt Müller eine Reihe von Pandectenstellen, wie fr. 42. § 1., de O. et A. XLIV. 7, fr 10, fr 55, de V. S. L. 16. u. s. w. Diese Argumentation ist offenbar unrichtig. Der Verkäufer hat sich in dem Kaufcontracte verpflichtet, wenn der Käufer seinerseits leistet, ihm das Eigenthum an der Sache unbedingt und für immer zu übertragen. Dieser Verpflichtung ist er noch keineswegs nachgekommen, wenn er das Eigenthum wieder erlangt hat, und die obligatio aus dem Kaufcontracte ist also noch nicht getilgt. Müller übersieht auch die Consequenz, daß der Verkäufer, wenn er trotz Wiedererlangung der Sache geleistet haben soll, auch berechtigt sein muß, das Kaufpretium einzuklagen und neben der Sache zu behalten. Die von ihm citirten Stellen setzen alle als bekannt voraus, was erst bewiesen werden soll; sie besagen nämlich, daß derjenige nicht Gläubiger sei, also nicht fordern könne, der nicht eine Klage habe, die durch keine Einrede zurückgewiesen werden könne. Daß aber die von Müller angegebene Einrede wirksam sei, war erst zu erweisen.

Dieser so einleuchtende Grundsatz, daß nach Existenz der Resolutiv-Bedingung nur dasjenige rechtliche Verhältniß wieder eintrete, in welchem Käufer und Verkäufer vor gegebenem Credite und erfolgter Tradition sich befanden, ist zuerst richtig erkannt und erörtert von Leonhardt, l. c., § 10. Hiernach kann auch die Vindication nur den Zweck haben, die Wiederherstellung und äußere Anerkennung des gedachten Verhältnisses herbeizuführen. Sie kann niemals zur Befriedigung des Verkäufers führen; denn, wenn sie Erfolg hat, hört der Verkäufer auf, tradirt, also geleistet, zu haben und hat zur Zeit noch gar keinen Anspruch auf Befriedigung. Diese kann er nur durch die actio venditi erlangen. Es hat daher eben die Anstellung der Vindication nur dann einen Vortheil für ihn, wenn er die Sache in den Händen des Käufers nicht sicher vor Verschlechterung, Untergang oder einer nachtheiligen Veräußerung glaubt.

Leonhardt legt im Gegensatz zu dem von ihm selbst aufgestellten Princip und den hier vorgetragenen Grundsätzen, der vindicatio die Wirkung der actio venditi bei. § 15, pag. 259, seiner Abhandlung sagt er, daß der Verkäufer auf dem Wege der Vindication

meistens zu seiner Befriedigung gelangen würde. Ebenso ergiebt sich aus seiner Darstellung dessen, worauf der vindicirende Verkäufer Anspruch machen könne (§ 26), daß letzterer die Sache nicht, um sie bis zur Leistung des Käufers zu retiniren, sondern in Abrechnung ihres Werthes auf den Kaufpreis erhalte.

Dies mit dem Satze zu vereinigen, daß nach Eintreten der Resolutiv-Bedingung nur dasjenige Verhältniß wieder eintrete, in welchem Käufer und Verkäufer vor gegebenem Credite und erfolgter Tradition sich befanden, mag Leonhardt überlassen bleiben.

Auch die eintretende Resolutiv-Bedingung hat nach bekannten Römischen Rechtsgrundsätzen rückwirkende Kraft, und das Verhältniß wird daher so angesehen, als ob der Käufer nie Eigenthümer geworden wäre. Dessen ungeachtet können mit der Vindication doch immer nur die Hauptsache selbst, nebst deren Accessionen und vorhandenen Früchten, d. h. die fructus pendentes und percepti exstantes erlangt werden, während die percepti consumti und percipiendi, so wie die Forderung wegen schuldhafter Deterioration der Sache nur durch eine persönliche Klage geltend gemacht werden können. Auch können beide Theile, wenn es zur Befriedigung des Verkäufers und Execution kommt, ihre persönlichen Forderungen mittelst Compensation geltend machen.

Sell, bedingte Traditionen, pag. 219 ff.

§ 42. Insbesondere von der Wirkung des pactum r. d. im Concurse des Käufers.

Hier sind folgende Fälle zu unterscheiden:

1) Bricht der Concurs aus, nachdem die Sache bereits in Folge des pactum r. d. vindicirt worden, so ist jenes pactum von gar keinem Einflusse mehr; das Verhältniß ist dasselbe, wie wenn der Concurs vor der Tradition und Creditgebung ausgebrochen wäre. Da die Gläubiger das ganze Vermögen des Käufers zu ihrer Befriedigung verwenden können, so können sie auch die actio emti zur Masse ziehen, wenn sie dies für vortheilhaft halten. Die Verpflichtung des Käufers wird natürlich hierdurch keine andere, als gegen den Käufer selbst; er hat also nur insofern zu leisten, als ihm

geleistet wird. Durch den Eintritt der Gläubiger in die obligatio des Käufers wird er creditor creditorum oder creditor massae, kann also seine Befriedigung ohne Rücksicht auf die Insufficienz der Masse zur Befriedigung der creditores cridarii, aus derselben fordern.

Vangerow, l. c. Bd. I. § 593, pag. 230, sub IV.

Wollen die Gläubiger in die obligatio des Käufers nicht eintreten, so gehört auch die actio emti nicht zur Masse. Der Verkäufer kann nun seine Execution gegen dieselbe richten, so daß sie in der oben beschriebenen Weise zu seiner Befriedigung verwendet wird. Soll sie insbesondere realisirt werden, dann hängt es natürlich von ihm ab, das Eigenthum an der Sache unter der Bedingung auf den Käufer zu übertragen, daß sie zu seiner Befriedigung verwendet werde. Ist dies geschehen, so kommt es darauf an, den Werth der Sache auszumitteln. Dies kann geschehen theils durch Versteigerung, bei welcher der Verkäufer sein Interesse vollkommen wahrzunehmen im Stande ist, theils durch Taxation. Ersteht der Verkäufer die Sache selbst oder wird sie ihm zu dem taxirten Werthe zugeschlagen, so ist dieser Werth mit demjenigen zusammenzurechnen, was der Käufer von ihm an Verwendungen u. s. w. aus dem Kaufcontracte zu fordern hat und hierauf beides auf den Gesammtbetrag des Kaufpreises und der sonstigen Forderungen des Verkäufers aus dem Kaufcontract abzurechnen. Ist letzterer Betrag überwiegend, so kann der Verkäufer mit dem Rest seiner Forderung als simpler chirographarischer Gläubiger sich in den Concurs einlassen. War dagegen der Gesammtbetrag des Werthes der Sache und der Forderungen des Käufers überwiegend, so hat er den Ueberschuß dem Käufer herauszugeben, damit er nach den allgemeinen Grundsätzen zur Masse gezogen werde. Z. B. die Sache war für 1000 verkauft; die Forderungen des Verkäufers wegen Zinsen, Deteriorationen u. s. w., vorausgesetzt, daß diese nicht schon bei der Vindication berichtigt wurden, betragen 200, der Werth der Sache sei 800, der Betrag der Forderungen des Käufers wegen Verwendungen u. s. w. unter der gleichen Voraussetzung sei 100. Der Ueberschuß der Forderungen des Verkäufers beträgt mithin 300; mit diesen kann er sich in den Concurs einlassen. Oder: die Sache sei für 700 verkauft; der Verkäufer habe außerdem noch 200 zu fordern; der Werth der

Sache betrage 1000; die Forderung des Käufers für Verwendungen betrage 100; dann hat der Verkäufer einen Ueberschuß von 200 herausgeben. Ist die Sache nicht von dem Verkäufer erstanden, sondern anderweitig verkauft, so gilt natürlich ganz dasselbe; nur daß alsdann in der obigen Berechnung der Erlös an die Stelle des angenommenen Werthes der Sache tritt. Es versteht sich ganz von selbst, daß es von der Willkühr des Verkäufers abhängt, ob er diesen Weg zu seiner Befriedigung einschlagen oder einfach mit der actio venditi im Concurse liquidiren oder abwarten will, bis der Käufer im Stande ist, ihn zu befriedigen. Daß er gezwungen werden kann, sich durch den Erlös oder durch Abrechnung des Werthes der Sache, indem sie ihm in solutum gegeben wird, ganz oder theilweise befriedigen zu lassen, wie Duncker, l. c. § 18. pag. 105., anzunehmen scheint, entbehrt wohl jeden Grundes.

2) Bricht der Concurs über das Vermögen des Käufers aus, bevor der Verkäufer in Folge seines vorbehaltenen Eigenthums die Sache vindicirt hat, so kann er, wenn ein resolutives pactum eingegangen war, die Sache sofort vindiciren, wenn es richtig ist, daß die Resolutiv-Bedingung mit der Insolvenz des Käufers existent wird. Wird sie aber mit der mora des Käufers existent, so kann erst vindicirt werden, wenn diese mora eingetreten ist. Ist das pactum suspensiv eingegangen worden, so tritt die Vindicationsbefugniß gegen den Käufer zwar auch erst mit der mora desselben ein, gegen die Masse steht sie aber dem Verkäufer, wie gegen jeden Dritten, jederzeit zu. Opponirt die Massenvertretung der Vindication des Verkäufers die exceptio rei venditae et trad., so giebt sie damit zu erkennen, daß sie in das Obligationsverhältniß des Käufers eintreten will und hierdurch wird der Verkäufer creditor creditorum mit dem oben angeführten Vorzuge, wenngleich der Vortheil des Credits auch auf die Massenvertretung übergeht. Derselbe Fall tritt ein, wenn in Folge eines resolutiven pactum r. d. nach existenter Resolutiv-Bedingung die Vindication angestellt und das Recht des Käufers von der Massenvertretung geltend gemacht worden war. Kann der Verkäufer, weil die Bedingung noch nicht eingetreten, noch nicht vindiciren, so steht es ihm frei, einstweilen

eventuell mit der actio venditi aufzutreten und dabei sich auf sein vorbehaltenes Eigenthum zu berufen.

Daß die Massenvertretung nach der Grundidee des heutigen Concursprozesses berechtigt ist, in das Obligationsverhältniß des Cridars einzutreten, so weit ihr solches vortheilhaft erscheint, wird heutzutage wohl allgemein angenommen; wird daher das Recht der Masse bezweifelt, der Vindication des Verkäufers durch Anbieten der Zahlung auszuweichen, so kann es nur deshalb geschehen, weil man das Recht des Käufers selbst bezweifelt. Daß aber der Käufer durch Zahlung die Vindication abwenden kann, haben wir bereits oben, § 38, als eine reine Consequenz dessen erkannt, daß nicht der Kaufcontract, sondern die Tradition durch das pactum r. d. bedingt war. Das fr. 1. § 5. de exc. rei vend. et trad. XXI. 3. lehrt ausdrücklich, daß die exc. rei vend. et trad. von dem Käufer der Vindication auch dann mit Erfolg opponirt werden kann, wenn die Sache ihm gar nicht übergeben, sondern auf andere Weise ohne Fehler in seinen Besitz gekommen war, woraus sich offenbar ergiebt, daß die Retention in unserm Falle durch die exc. rei vend. et trad. geltend gemacht werden kann. Müller freilich, Archiv für civilist. Praxis, l. c. § 10, geht davon aus, daß das pactum r. d. als Resolutiv-Bedingung dem Kaufcontract beigefügt worden war und daß mit der Existenz derselben die Sache inemta wurde, daher der Käufer aus dem Kaufcontracte überhaupt kein Recht mehr hatte. Er mußte also auch consequent der Concursmasse das Recht, die Vindication durch Zahlung abzuwenden, absprechen. Wir aber müssen es nach dem Obigen unzweifelhaft, weil dem Käufer, auch der Concursmasse, zugestehen.

Wird aber die exc. rei vend. et trad. gegen die Vindication nicht opponirt und die Vindication hat Erfolg, der hier ganz so zu beurtheilen ist, wie wenn sie gegen den Käufer angestellt war, so tritt der sub 1. erwähnte Fall ein. Vindicirt der Verkäufer aber gar nicht, sondern liquidirt mit der actio venditi, so kann er sich

a) auf sein vorbehaltenes Eigenthum berufen. Auch dann können die Gläubiger erklären, daß sie in das Obligationsverhältniß des Käufers eintreten wollen, welcher Fall bereits erörtert worden. Wollen sie nicht eintreten, so können sie die verkaufte Sache, als zur

Masse nicht gehörig, ausscheiden; dann kann der Verkäufer wiederum, wie früher dargethan, seinen Regreß gegen die actio emti und eventuell gegen die verkaufte Sache nehmen, nachdem er ihr Eigenthum auf den Käufer übertragen. Es kann aber das Gläubigercorps die Sache einstweilen in der Detention der Masse belassen, damit für den Fall, daß ein Ueberschuß des Erlöses oder Werthes der Sache sich herausstelle, dieser zur Masse gezogen würde. Bleibt aber die Sache in der Masse, dann tritt jener bei Hagemann, practische Erörterungen, Bd. 7. No. 22. (Duncker, l. c. § 19, pag. 108), erwähnte Fall der Bildung einer Separatmasse ein, wobei die Sache nach den sub. 1. erwähnten Grundsätzen zur Befriedigung des Verkäufers verwendet wird, wenn er das Eigenthum nur unter der Bedingung, daß er aus der Sache befriedigt werde, auf den Käufer übertragen hatte. Daß die Kosten des Verfahrens zur Befriedigung des Verkäufers in diesem Falle zunächst von jener Separatmasse getragen werden, versteht sich nach den Voraussetzungen wohl ganz von selbst.

b) Der Verkäufer liquidirt mit der actio venditi, ohne sich auf sein vorbehaltenes Eigenthum zu berufen. Dieser Fall wird wohl nur selten und nur dann vorkommen, wenn die Sache untergegangen oder sehr deteriorirt ist, so daß der Verkäufer hoffen kann, als simpler chirographarischer Gläubiger ebensoviel zu erlangen, wie bei vorzugsweiser Befriedigung aus der Sache. Sollte übrigens die Sache nicht untergegangen sein und es wird der Massenverwaltung bekannt, daß die Sache nicht im Eigenthume des Käufers steht, ehe sie weiter veräußert worden, so treten wieder die frühern Eventualitäten ein. Wird aber die Sache als eine eigne des Käufers veräußert, so haftet die Massenverwaltung dem Verkäufer für dolus und culpa und es kann natürlich sein Vindicationsrecht nicht beeinträchtigt werden.

Duncker, l. c., §§ 18 u. 19.
Leonhardt, l. c., §§ 15 und 16.

§ 43. Verbindung des pactum r. d. mit einer Hypothek an der verkauften Sache.

Ob diese Verbindung möglich, ist natürlich davon abhängig, wie man das pactum r. d. auffaßt.

Duncker, l. c., § 22.

Leonhardt, l. c., § 16, pag. 266.

Sieht man darin eine Suspensiv-Bedingung oder eine Resolutiv-Bedingung, deren Eintritt einen Rückfall des Eigenthums zur Folge hat, so leuchtet die Unmöglichkeit jener Verbindung ein, weil man an der eignen Sache keine Hypothek haben kann. Diese Vereinigung ist daher nur für den Fall denkbar, daß die Resolutiv-Bedingung nur eine persönliche Klage auf Rückübertragung zur Folge hat.

Müller, Archiv für civilist. Praxis, l. c., § 7, pag. 263.

§ 44. Schlußbemerkungen.

Leonhardt, der von unsern Schriftstellern am meisten Gelegenheit gehabt hat, das pactum r. d. in seiner practischen Wirksamkeit zu beobachten, schöpft aus der Praxis, wie schon öfter berührt worden, die Ansicht, daß Zweck und Absicht der Contrahenten beim Abschluß des pactum r. d. dahin gehen, den Käufer in die Lage zum Kaufobject zu setzen, welche die regelmäßige Folge der Erfüllung eines perfecten Kaufcontracts sei, so weit dieses die größtmöglichste Sicherheit des Verkäufers wegen des creditirten Kaufgeldes zulasse.

Selbst wenn man zugiebt, daß für die möglichste Erfüllung des Kaufcontracts präsumirt werden müsse, so ist doch, wie bereits oben bemerkt, wenigstens weder im Creditvertrage, noch in dem pactum r. d. von dieser irgend die Rede und daher erscheint jener Zweck der Erfüllung bei Leonhardt als eine petitio principii. §. 18. l. c. giebt er selbst zu, daß die intendirte Sicherheit des Verkäufers so gut durch ein suspensives, wie durch ein resolutives pactum r. d. erzielt werde. „Da nun aber die Suspensiv-Bedingung", fährt er fort, „welche der Tradition hinzugefügt werde, auch Folgen herbeiführe, welche einerseits mit Sicherung des creditirten Kaufgeldes überhaupt nichts zu thun hätten, andrerseits aber mit der rechtlichen Lage, welche die regelmäßige Erfüllung des Kaufcontracts bewirke, nach den verschiedensten Seiten in Widerspruch träten und den Bedürfnissen des Lebens nicht im Mindesten entsprächen, indem sie auf eine Verkehrsbeschränkung führten, so müsse man die zweifelhaften Worte in Gemäßheit der Absicht der Contrahenten von einer Resolutiv-Bedingung verstehen,

zumal es sich hier um ein Institut handle, welches den gemeinen geschriebenen Rechten unbekannt, durch ein fühlbares Lebensbedürfniß hervorgerufen und auf dem Wege der Gewohnheit ausgebildet sei. Ja, indem man streng festhalte an der Absicht der Contrahenten und der characteristischen Idee des Instituts, werde man sich geneigt fühlen müssen nach der Interpretationsregel „plus valet, quod actum, quam, quod dictum est" selbst von den Partheien gebrauchte Ausdrücke, welche eher auf eine Suspensiv=, als auf eine Resolutiv=Bedingung hinzuleiten scheinen, wo möglich als Resolutiv=Bedingung zu interpretiren. Die Suspensiv=Bedingung könne aber ohne Ungereimtheit von den Partheien verabredet werden und müsse als entscheidende Norm für die Wirkungen des pactum r. d. statuirt werden, wenn die bestimmte Absicht der Partheien es mit sich bringe. Auch gingen einzelne Particular=Gesetzgebungen von der Idee der Suspensiv=Bedingung aus. Alsdann würde aber die Anwendung des pactum r. d. weit seltener sein, als sonst".

Wenn nun aber eine Gesetzgebung, wie dies z. B. die Nassausche thut (Leonhardt, l. c., § 13, pag. 254), sich für die Voraussetzung einer Suspensiv=Bedingung ausspricht, so ist dies doch sehr der Annahme entgegen, daß die Suspensiv=Bedingung den Lebensbedürfnissen widerspricht; zumal da in dem wichtigsten Falle, für welchen allein sich überall ein gleiches Bedürfniß herausgestellt zu haben scheint, für den Concurs des Käufers, Suspensiv= und Resolutiv=Bedingung eine gleiche Wirkung äußern, auch jene Gesetzgebung die bisherige, gemeinrechtliche Praxis ohne Zweifel sehr wohl gekannt und berücksichtigt hat.

Aber die angebliche Verkehrsbeschränkung durch die Auffassung als Suspensiv=Bedingung ist viel geringer, als Leonhardt sie angiebt; denn: Der Gebrauch der Sache kann dem Käufer, unbeschadet der Suspensiv=Bedingung, eingeräumt werden; sein Recht aus dem Contracte kann er ohne Zweifel in beiden Fällen einem Dritten cediren, ebenso wie diesem die Detention der Sache übertragen. Mit Einwilligung des Verkäufers kann in beiden Fällen ein Dritter in das Obligationsverhältniß des Käufers eintreten; war diese Einwilligung nicht erfolgt, so kann der dritte Erwerber des eventuellen

Eigenthums so gut, wie der des revocablen Eigenthums, die Vindication durch Zahlung des pretii abwenden. Der Verkäufer kann seine Forderung aus dem Kaufcontracte in beiden Fällen einem Dritten cediren, aber dem Cessionar ebenso wenig das reservirte, als das eventuell zurückfallende Eigenthum, ohne Tradition übertragen. Er kann in beiden Fällen nicht mit unbedingtem Erfolge Hypotheken und andere dingliche Rechte auf die Sache legen. Was die Berechtigung des Käufers zu solcher Belastung anbetrifft, so hat eine revocable Hypothek wohl schwerlich mehr Vortheile als eine eventuelle. In dem Besitz ist der Käufer unter einer Suspensiv-Bedingung ebenso gut geschützt, als unter einer Resolutiv-Bedingung; die Usucapion anlangend, so kann es ihm, wenn er einmal die Sache unbedingt erwirbt, gleichgiltig sein, ob er bisher selbst usucapirt hat oder die Usucapion des Verkäufers ihm angerechnet wird. Für die Cautionen im Processe ist ein revocables Eigenthum nicht geeigneter, als ein eventuelles; die politischen Rechte, die mit dem Grundbesitz zusammenhängen, sind nicht ausschließlich an das Eigenthum geknüpft. Nach vielen Gesetzgebungen hängen sie von der factischen Detention und der Nutznießung des Bodens ab; ein Pachtcontract über die verkaufte Sache ist aber mit der Suspensiv-Bedingung sehr wohl vereinbar.

Wenn nun Leonhardt bemerkt, daß die Reservation des Eigenthums, insofern sie zur Sicherung einer Forderung diene, große Aehnlichkeit mit dem Pfandrecht habe, welche unverkennbar hervorleuchte, wenn man von der Idee einer Resolutiv-Bedingung beim pactum r. d. ausgehe, so ist dies ganz unrichtig, denn das pactum r. d. intendirt ja durch die für den Verkäufer eintretende Vindicationsbefugniß, nach Leonhardts eigner Darstellung in § 10 cit. die Wiederherstellung des Verhältnisses zwischen den Contrahenten, welches stattfand, bevor von irgend einer Seite geleistet worden, in welchem also der Verkäufer selbst noch nichts zu fordern berechtigt war und also keines Pfandrechts bedurfte. Leonhardt verläßt freilich sein Princip wieder, indem er die Vindicationsbefugniß des Verkäufers zu seiner Befriedigung benutzt; wir haben dagegen gesehen, daß eine Befriedigung des Verkäufers auch aus der verkauften Sache selbst, nicht durch die Vindication, sondern nur durch die actio venditi, indem diese zur Execution führt,

letztere aber gegen das ganze Vermögen des Käufers, also auch gegen dessen actio emti gerichtet ist, herbeigeführt werden kann. Dies gilt aber ganz ebenso von dem Fall des perfecten Kaufcontractes, wenn noch gar keine Tradition, keine Creditgebung, kein pactum r. d. stattgefunden hatte, und kann mithin keine Folge des letztern sein.

Schon Duncker, l. c. § 14, und an andern Stellen, läßt sich durch die Aehnlichkeit mit dem Pfandrecht verleiten, aus der angeblich accessorischen Natur des vorbehaltenen Eigenthums, Sätze zu folgern, die theils richtig sind, aber eine andere Grundlage haben, theils zu ganz unrichtigen Ergebnissen führen. Müller aber berührt schon in seinen civilist. Abhandlungen, l. c. § 13. pag. 45 ff., die Verschiedenheit beider Rechtsverhältnisse, indem er dem vorbehaltenen Eigenthum eine selbstständige Bestimmung zuspricht. Er konnte aber nicht zur Wahrheit durchdringen, indem er das pactum r. d. als dem Kaufcontract hinzugefügt ansieht und durch die Vindication die Auflösung des letztern herbeiführt.

Aus dem Obigen ergiebt sich von selbst, was von dem Satze Leonhardts zu halten ist, daß man die Idee des reservirten Eigenthums, mit Rücksicht auf den materiellen Bestand, richtig erfaßt habe, wenn man von dem Begriffe eines absolut privilegirten Pfandrechts ausgehe. Dieses sogenannte absolut privilegirte Pfandrecht hat jeder Verkäufer, d. h. es steht in seiner Macht, nur unter der Bedingung zu leisten, daß ihm wieder geleistet werde. Diese Möglichkeit konnte ihm das pactum r. d. nicht verschaffen, sondern nur erhalten. Leonhardt hat daher die Wahrheit seiner eigenen Worte durch sein Beispiel bekundet, daß alles Dieses (die angebliche Aehnlichkeit mit dem Pfandrechte), eine sehr gefährliche Seite habe, wenn man nicht die ganze rechtliche Construction des Verhältnisses klar vor Augen hätte!

Für die Auffassung des pactum r. d. als Suspensiv-Bedingung spricht sich der größte Theil der neuern Systematiker des Römischen Rechts aus. So z. B. Bucher, Recht der Forderungen, 2. Aufl., Leipzig, 1830, § 66 pag. 224. Goeschen, Vorlesungen über das gemeine Civil-Recht, ed. Erxleben, Göttingen, 1839, Bd. 2, Absch. 1., § 277. pag. 173. Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandecten-Rechts, 3. Aufl., Halle, 1840, Th. 2, § 405 und in der H. A. L. Z. l. c.,

Holzschuher, Theorie und Casuistik des gemeinen Civil-Rechts, Leipzig, 1845, Th. 2, Absch. 1, pag. 170—172. Schilling, l. c. Bd. 3. § 334. pag. 648 u. 49. Puchta, Pandecten, 2. Ausg., § 148, (letzterer führt auch die Praxis für diese Ansicht an), Vangerow, l. c. Bd. 1. § 311. Anm. 2.

Außer Thibaut, l. c., scheint für die Auffassung als Resolutiv-Bedingung auch Unterholzner zu sein, in seiner Lehre des Römischen Rechts von den Schuldverhältnissen, Bd. 2. Leipzig, 1840, §§ 455 u. 456.

Anhang.

Deutsches Recht und Particular-Rechte.

§ 45. 1) Bewegliche Sachen.

Die Anwendung der Römischrechtlichen Grundsätze über die Vindication und die Publiciana in rem actio leidet heutzutage einige Modification durch die Regel „Hand muß Hand wahren" oder „wo man seinen Glauben gelassen hat, da muß man ihn wieder suchen." Die Anwendung dieser Regel beruht wohl nur noch auf statutarischen Bestimmungen; im gemeinen Deutschen Recht ist ihre ursprüngliche Bedeutung verschwunden.

Eichhorn, Einleitung ins Deutsche Privat-Recht, 4te Ausg., Göttingen 1836, §§ 171 und 172.

Die heutige Bedeutung ist, daß der Eigenthümer, der die Detention einer beweglichen Sache freiwillig aufgegeben, dieselbe nicht von jedem dritten Besitzer vindiciren darf, sondern nur eine Klage aus dem Contract gegen die Person hat, in deren Detention die Sache mit seinem Willen gekommen ist. In dieser Anwendung kommt der Satz, was die Ostseeprovinzen Rußlands betrifft, in Kurland, in Esthland und Livland, mit Ausnahme der Stadt Riga und der ihrem Rechte folgenden Livländischen Städte, vor, obwohl hier und da mit einigen Modificationen.

v. Bunge, Kurländisches Privat-Recht. Dorpat, 1851. § 134.
v. Bunge, Liv- und Esthländisches Privat-Recht. 2te Aufl. Reval 1847. §§ 138 und 139.

Für unsere Frage hat diese Regel die Bedeutung, daß die Vindication, wo sie durch jene Regel überhaupt ausgeschlossen ist, auch nicht in Folge vorbehaltenen Eigenthumes angestellt werden kann. Hat also der Käufer die ihm unter einer Suspensiv- oder Resolutiv-Bedingung übergebene Sache weiter veräußert, so kann der Verkäufer die Sache selbst durch die Vindication nicht erlangen. Sofern jene Regel die Vindication des Eigenthümers gegen denjenigen gestattet, der die Sache

aus seinen Händen empfangen hat, kann der Verkäufer die Vindication gegen den Käufer, als fictus possessor, qui dolo possidere desiit, anstellen; da sie aber in diesem Falle auf den durch das juramentum in litem zu bestimmenden Werth der Sache geht, so wird sie ihm schwerlich nützlicher sein, als die auf Zahlung des pretii gerichtete actio venditi; denn wenn jener Werth mehr beträgt, als das pretium, so wird der Käufer wohl vorziehen, sich durch Zahlung des letztern von der Pflicht der Herausgabe der Sache zu befreien.

Vangerow, l. c., Bd. I., pag. 576 ff.

§ 46. 2) Unbewegliche Sachen.

Bei der Bestimmung dessen, inwiefern heutzutage bei der Veräußerung von Grundstücken das pactum r. d. noch anwendbar sei, kommt es besonders auf folgende Fragen an,

1) inwiefern neben der Auflassung überhaupt und insbesondere in ihren heutigen Formen die Tradition des Römischen Rechts zur Erwerbung des dinglichen Rechts erforderlich sei;

2) wo aber die Tradition neben der Auflassung nicht erforderlich, inwiefern mit letzterer ein Vorbehalt des Eigenthums zu vereinigen sei.

Leonhardt geht, l. c. § 19, von der Voraussetzung aus, die gerichtliche Auflassung hätte ihrem Wesen nach in einer symbolischen Uebergabe der Sache vor Gericht bestanden. Hierdurch sei ohne Weiteres das Eigenthum auf den Erwerber übergegangen, die römischrechtliche Tradition wäre hierzu überall nicht erforderlich gewesen. Die Auflassung bestand aber im ältern Deutschen Recht in der Erklärung des Veräußerers in dem für die Sache competenten Gericht, sein Recht an der Sache auf den Erwerber übertragen zu wollen. Die Publicität dieser Erklärung in dem Volksgericht hatte den Zweck, dritten Personen die Möglichkeit zu geben, ihren etwaigen Widerspruch geltend zu machen, für den Fall des Ausbleibens desselben in der üblichen Frist aber dem Erwerber die Möglichkeit der rechten Gewere zu verschaffen. Eine symbolische Tradition kam in der ältern Zeit wohl immer zu jener Erklärung hinzu. Sofern sie von der Einweisung des Besitzes verschieden ist, kann diese nicht als wesentlich gedacht werden; die Ein-

weisung des Besitzes selbst ging in der ältern Zeit der Auflassung voran, oder folgte doch unmittelbar nachher.

Eichhorn, Deutsche Rechtsgeschichte. 5te Ausg. Theil 1. Göttingen 1843. § 59 a.

Die Auflassung selbst, abgesehen von der Uebergabe der Sache, schützte den Erwerber gegen dritte Personen gewiß vollkommen, da solche nur durch eine Auflassung vor demselben Gericht die rechte Gewere an der Sache erwerben konnten. Gegen den Veräußerer war der Empfänger zu dem Zwang auf Ueberlassung der factischen Herrschaft über die Sache nicht nur befugt, sondern dieser Zwang konnte nach geschehener Auflassung wohl auf die leichteste Weise bewerkstelligt werden; zur Erwerbung des dinglichen Rechts war die Auflassung daher an sich vollkommen genügend und es ist eine Nothwendigkeit des Hinzutretens des factum der Uebergabe dazu gar nicht denkbar; auf der andern Seite ist aber wieder die vollständige Ausübung des Eigenthumsrechts ohne Detention nicht denkbar.

Stellen wir daneben die Grundsätze des Römischen Rechts: das Eigenthumsrecht wird durch die Uebergabe nur übertragen, sofern der letzteren der übereinstimmende Wille, Eigenthum zu geben und zu empfangen, der dingliche Vertrag, zu Grunde liegt; die Tradition ist nur Mittel jenen zu realisiren. Hat der Empfänger die Detention schon, so bedarf es zu jener Realisirung gar nicht der Uebergabe, wie z. B. bei der traditio brevi manu. Nun aber ist die Auflassung im Wesen nichts Anderes, als jener dingliche Vertrag; die nothwendige und eigenthümliche Form desselben ist die Mitwirkung des für die Sache competenten Gerichts; realisirt wird er durch die Uebergabe oder Einweisung des Besitzes, wenn dieser nicht schon bei dem Käufer war.

Wie kann nun neben diesem Vertrage noch von der römisch-rechtlichen Tradition die Rede sein? Das hieße verlangen, daß der Wille Eigenthum zu übertragen, zweimal erklärt werde. Nun steht es aber mit jenem Begriff der Auflassung nicht im Mindesten in Widerspruch, daß der Wille, Eigenthum zu übertragen, vor Gericht bedingt erklärt, angenommen und bestätigt werde, wenngleich in der ältern Zeit eine solche bedingte Erklärung nicht vorgekommen sein mag.

Soll nun die Frage entschieden werden, ob neben der Auflassung

die Tradition heutzutage noch erforderlich sei, so muß dem die rein factische Untersuchung vorhergehen, ob das, was irgendwo Auflassung genannt wird, oder an die Stelle der Auflassung getreten ist, den dinglichen Vertrag mit enthält. Wo z. B. statt der Auflassung nur noch die gerichtliche Confirmation von Urkunden, in denen es sich um die Erwerbung von unbeweglichen Sachen handelt, vorkommt, da kann die Tradition, die in Folge dessen stattfindet, Eigenthum nur so weit übertragen, als die Absicht der Contrahenten in der Urkunde darauf gerichtet erscheint. Wird etwa eine Urkunde über ein Kaufgeschäft bestätigt, aus welchem der Wille Eigenthum zu übertragen nur für den Fall der Zahlung des Kaufpretii hervorleuchtet, so kann die Uebergabe auch nur in diesem Falle das Eigenthum übertragen.

Heutzutage sind nun verschiedene Formen an die Stelle der Auflassung getreten; bald die gerichtliche Bestätigung des Geschäfts, neben ihr die Publicität, die Eintragung in die Gerichtsbücher, Grundbücher, die Adjudication und nur hier und da ist noch die alte Auflassung gebräuchlich.

Steht nun schon die bedingte Erklärung, Eigenthum übertragen zu wollen, mit der Form der Auflassung in gar keinem Widerspruch, so gilt dies von den Surrogaten, welche nicht einmal den dinglichen Vertrag enthalten, noch viel mehr. Der Satz des Römischen Rechts aber, daß die Tradition in Folge Kaufcontracts Eigenthum nur insofern übertrage, als das Kaufpretium gezahlt oder creditirt worden, folgt so sehr aus der Natur der Sache, daß von einer Unanwendbarkeit oder von der Präsumtion, daß Credit gegeben worden, nur da die Rede sein kann, wo dies, trotz der allgemeinen Reception des Römischen Rechts, besonders nachgewiesen wird. Die Behauptung Bauers (opuscula academica, Lipsiae, 1787, tom. 1., pag. 278) daß jener Satz mit der Auflassung unvereinbar sei, folgt wohl aus der unrichtigen Ansicht, daß es der Auflassung wesentlich sei, das Eigenthum gegenwärtig oder sofort übertragen zu wollen. Aus ähnlichen unrichtigen Ansichten geht auch die Behauptung Leonhardts hervor (l. c. § 19), daß die römisch-rechtliche Tradition „ein unbestimmter Schatten, ein zweideutiges Wesen" sei, die gerichtliche Auflassung dagegen einen ganz einfachen, festbestimmten Character habe, weil sie nur

die Bedeutung haben könne, daß die Gewere und das Eigenthum an dem Grundstücke auf den Erwerber übergehe, nicht, daß nur die Detention übertragen werde; während die Tradition je nach der justa causa bald Eigenthum, bald Besitz, bald Detention übertrage.

Folgt nämlich der Auflassung keine Uebergabe, oder ist die Detention nicht schon bei dem Erwerber, so kann von einer Ausübung des Eigenthums auch nicht die Rede sein; war aber die Erklärung in der Auflassung bedingt, so kann auch die Detention nur bedingt die Ausübung des Eigenthums möglich machen. Leonhardt macht sich l. c. außerdem der Inconsequenz schuldig, ungeachtet er den unbedingten Willen, Eigenthum zu übertragen, als der Auflassung wesentlich voraussetzt und deshalb die Hinzufügung einer Suspensiv-Bedingung zu jener Erklärung für unmöglich hält, doch eine Resolutiv-Bedingung für zulässig zu erachten, wobei er schließlich selbst zugiebt, das von einer justa causa so gut bei der Auflassung, wie bei der Tradition die Rede sein könne.

Ist aber jener Satz des Römischen Rechts, daß die Tradition in Folge Kaufcontracts Eigenthum nur insofern übertrage, als das pretium entweder gezahlt oder creditirt worden, welcher, wie wir oben gesehen haben, nichts Anderes, als eine Suspensiv-Bedingung enthält, mit der Auflassung vereinbar, so kann letztere auch mit einem pactum r. d. für den Fall, daß creditirt worden, verbunden werden. Wir müssen daher der Ansicht Dunckers vollkommen beipflichten, wenn er l. c. § 27, pag. 137 sagt: „Die Römische Tradition zum Eigenthum enthält zwei Bestandtheile: 1) die Uebergabe der Sache selbst und 2) die justa causa, d. h. die erklärte Absicht Eigenthum übertragen zu wollen; die letztere hat durch die gerichtliche Auflassung eine andere Form bekommen, indem es nothwendig wird, die Absicht, Eigenthum übertragen zu wollen, vor Gericht auszusprechen. Hierdurch wird aber begreiflich das Wesen jener Erklärung nicht verändert. So wie der außergerichtlich erklärten Absicht, Eigenthum zu übertragen, der Vorbehalt nicht widerstrebt, so kann diese Unvereinbarkeit auch dann nicht entstehen, wenn die Erklärung im Gericht abgegeben wird.“

In den Ostseeprovinzen Rußlands sind die Formen der Erwerbung von Immobilien nach den verschiedenen Territorien verschieden.

In Kurland gehört zur Erwerbung des Eigenthums an einem Immobil gerichtliche Corroboration der Urkunde durch Eintragung derselben in die Hypothekenbücher des forum rei sitae und in der Ausstellung eines Zeugnisses über die geschehene Eintragung.

v. Bunge, Kurländisches Privat-Recht, §§ 67, 68 u. 124.

Mit dieser Form ist der Vorbehalt des Eigenthums vollkommen vereinbar. Dem Namen nach kennen denselben auch die Kurländischen Particular-Gesetze. In der Concursordnung, welche in den Entscheidungen der Königl. Polnischen Commission vom Jahre 1717 auf die Landesdesiderien enthalten ist, und namentlich ad des. 24, werden in der ersten Classe, zu denen bloß „privilegiati" gehören, nachdem sub 1—4 Vindicanten aufgezählt worden, sub 5 genannt: „venditores rerum immobilium, in quibus dominium ad solutionem plenariam sibi reservarunt, modo reservatio illa ante vel in traditione facta sit."

Die Praxis verlangt zur Wirksamkeit des Vorbehalts dessen Eintragung in die Hypothekenbücher.

In Livland ist die Auflassung nach Landrecht und Rigaschem Stadtrecht verschieden. In der Stadt Riga hat sich von den alten Formen der Auflassung viel erhalten.

v. Bunge, Liv- und Ehstländisches Privatrecht, § 123.

Nach zuvor geschehener Corroboration der über den Veräußerungsvertrag aufgesetzten Urkunde geschieht die Auflassung selbst durch eine feierliche Erklärung des Veräußerers vor dem Rigaschen Rathe, daß er das Eigenthum an dem Immobil auf den Erwerber übertrage; später erfolgt die Eintragung des Auflaßprotokolls und des über die Veräußerung aufgesetzten Documents in das sogenannte „Erbebuch" der Stadt und zuletzt ein Proclam in den öffentlichen Blättern, worin Alle, welche gegen den Auftrag Einwendungen zu machen haben, aufgefordert werden, solches binnen Jahr und Tag a dato der Auflassung zu thun. Wird die Auflassung in dieser Zeit nicht angefochten, so wird sie rechtsbeständig, gleich einem rechtskräftigen Urtheil.

Damit wäre nun ein Vorbehalt des Eigenthums nach dem Obigen sehr wohl vereinbar; auch kennen die Rigaschen Statuten einen solchen Vorbehalt. Im Buch III, tit. 10, wo von der Classification der Gläubiger im Concurse die Rede ist, werden Pkt. 4, nachdem

sub 3 Vindicanten aufgeführt worden, genannt: „diejenigen, so in einem verkauften und annoch vorhandenen Gute, Ihnen ausdrücklich, bis zur geschehenen Zahlung, das dominium vorbehalten, und des Käufers Glauben, wegen des Pretii oder Kaufschillings, nicht gefolget, noch das unbewegliche öffentlich auftragen lassen."

Scheinbar wird hier die Wirkung des Vorbehalts auf den Fall beschränkt, daß das pretium nicht creditirt und außerdem noch das Eigenthum ausdrücklich vorbehalten worden; allein da hier offenbar das Römische Recht zu Grunde liegt und in dem ersteren Fall das Eigenthum schon ohne Vorbehalt nicht übergeht, so läßt sich annehmen, daß von verschiedenen Fällen die Rede ist und hinter „dominium vorbehalten und" die Worte „die so" zu wiederholen seien.

Die aus dieser Stelle ersichtliche Beschränkung der Wirkung des Vorbehalts auf den Fall, daß ein Immobil noch nicht aufgetragen worden, ist auch praktisch. Die Praxis hält das pactum r. d. für ein Hinderniß der Auflassung, was seinen Grund wohl darin haben mag, daß die Unbedingtheit der Erklärung, Eigenthum übertragen zu wollen, für wesentlich angesehen wird.

Nach Livländischem Landrecht gehört zur völligen Begründung des Eigenthumsrechts an Immobilien, die Corroboration der Urkunde bei dem Livländischen Hofgericht; ein Proclam, ähnlich dem obenerwähnten des Rigaschen Stadtrechts, und eine Adjudication des Immobils an den Erwerber kommen gewöhnlich vor, werden jedoch nicht für nothwendig gehalten. Letzteres erklärt sich aus der ausschließlichen Competenz des forum rei sitae für Veräußerungsacte über Immobilien. Die Vereinbarkeit des Eigenthumsvorbehalts mit der Corroboration der Urkunde ergiebt sich aus dem Obigen. Auch eine, in Folge des Vorbehalts bedingte, Adjudication läßt sich denken, dürfte aber mindestens den Zweck der Feststellung dessen, wer nun Eigenthümer des veräußerten Immobils sei, nicht erreichen. In den Städten Livlands außer Riga gelten ähnliche Formen für den Eigenthumserwerb an Immobilien, wie beim Livländischen Hofgericht.

v. Bunge, Liv- und Ehstländisches Privat-Recht, § 121.

v. Samson, in seiner lithographirten Darstellung des bürgerlichen Rechts der Ostseeprovinzen, Bd. 3, §§ 3486 u. 87, erwähnt

eines Vorbehalts des Miteigenthums, vor oder bei der Uebergabe des Kaufgutes erklärt, der die Sicherstellung des Verkäufers bezwecke; denn er gehe dahin, daß das Eigenthum des Kaufgutes bis zu völliger Berichtigung des Kaufgeldes bei dem Verkäufer bleibe oder auf ihn zurückfalle, falls der Käufer seinen Kauf zu halten nicht vermöchte. Da sich diese Darstellung nur auf § 41, J., de R. D., und auf die oben angegebenen Stellen der Rigaschen Statuten und der commissorialischen Decisionen stützt, so ersieht man nicht, inwiefern sie auch für Livland und Esthland practisch ist. In der Praxis der Stadt Dorpat kommt bei der Corroboration von Kaufurkunden über Immobilien ein solcher Vorbehalt des condominii vor; vielleicht ist er durch die oben erwähnte Auffassung des Eigenthumsvorbehalts veranlaßt, wonach das dominium ordinarium auf den Käufer übergeht, bei dem Verkäufer aber ein subsidiarisches Eigenthum zurückbleibt. Die practische Anwendung scheint jedoch mit der Darstellung Samsons übereinzustimmen.

Die Corroboration und Auflassung stimmt für Esthland, außer demjenigen Theils Revals, welcher den Gebrauch des Lübischen Rechtes hat, in denjenigen Punkten, worauf es hier ankommt, mit der Praxis des Livländischen Hofgerichts überein.

v. Bunge, l. c., § 122.

Die Vereinigung des Vorbehalts mit der beim Revaler Rath üblichen Ab- und Zuzeichnung des zu veräußernden Immobils ist eben so wohl denkbar, wie mit der Auflassung überhaupt.

v. Bunge, l. c., § 124.

Thesen:

1. Durch die dotis dictio wurde keine neue Dotationsverpflichtung übernommen, sondern die schon bestehende auf eine bestimmte Leistung gerichtet.

2. Dies interpellat pro homine.

3. Der Faustpfandgläubiger hat das Recht, die verpfändete Sache bis zu seiner Befriedigung zu retiniren, auch nach Ausbruch des Concurses über das Vermögen des Schuldners.

4. Wenn das Leben eines nasciturus mit dem seiner Mutter so collidirt, daß eines nur mit Aufopferung des andern erhalten werden kann, so hat ersteres den Vorzug.

5. Die Regel „Hand muß Hand wahren" ist unpractisch.

6. Die Regel des Livl. Civilprocesses, daß Niemand seine eigne Schande bezeugen dürfe, ist wohlbegründet.

Stoffregen, Reinhold Victor

Der Eigenthumsvorbehalt, nach gemeinem Recht

Dorpat 1851